اختيارات

ابن قدامة الفقهية

في أشهر المسائل الخلافية

تأليف

د. علي بن سعيد الغامدي

المجلد الثاني

قسم المعاملات


دار طيبة للنشر والتوزيع



الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

دار طيبة للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية – الرياض – السويدي – ش. السويدي العام – غرب النفق

ص.ب: ٧٦١٢ – رمز بريدي: ١١٤٧٢ – ت: ٤٢٥٣٧٣٧ – فاكس: ٤٢٥٨٢٧٧





قسم المعاملات



الباب الأول

البيع



الفصل الأول

التعريف بالبيع، وأدلة مشروعيته، وحكم توقف صحته على الصيغة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

التعريف بالبيع في اللغة وفي الاصطلاح

١ ـ التعريف اللغوي:

قال في المختار: باع الشيء يبيعه بيعًا ومبيعًا: شراه. وهو شاذ وقياسه مباعًا. وباعه أيضًا: اشتراه. فهو من الأضداد. وفي الحديث: «**ولا يبيع على بيع أخيه**»(١)، أي لا يشتري شراء أخيه.

ويقال: للبائع والمشتري: بيِّعان(٢). اهـ.

وقال في القاموس مثل قول صاحب المختار إلا أنه زاد عليه بقوله: وأبعته: عرضته للبيع، وابتاعه: اشتراه. والتبايع المبايعة، والبياعة بكسر الباء: السلعة(٣).

واشتقاقه من الباع، إما لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء، وإما لأن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع؛ ولذلك سمي البيع صفقة(٤).

---

(١) متفق عليه، انظر: اللؤلؤ والمرجان في البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه حديث ٩٦٩ جـ٢ ص١٣٣.

(٢) انظر: المختار من صحاح اللغة ص ٥٢ مادة (بيع).

(٣) انظر: القاموس المحيط جـ٣ ص ٨ باب العين فصل الباء.

(٤) المغني لابن قدامة جـ٣ ص٤٨٠.

وقيل: هو لغة: مقابلة شيء بشيء [١].

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفه ابن قدامة بقوله: البيع: مبادلة المال تمليكًا وتملكًا [٢]. اهـ.

وعرفه غيره بقوله: «هو مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص»[٣] اهـ.

وهذا التعريف أقرب إلى التعامل باعتبار أنواعه.

المبحث الثاني

أدلة مشروعية البيع

يستدل لمشروعية البيع من كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، وإجماع الأمة عليه في الجملة.

أ ـ أما الكتاب:

١ ـ فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [٤].

٢ ـ وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [٥].

٣ ـ وقال تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٦].

فقد دلت الآيات الكريمات على حل البيع، وإباحته في الجملة.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠١.

(٢) المغني كما سبق.

(٣) انظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين جـ١ ص ٥٠٢، ٥٠٣.

(٤) سورة البقرة آية: ٢٥٧.

(٥) سورة البقرة آية: ٢٨٢.

(٦) سورة النساء آية: ٢٩.

ب ـ ومن السنة المطهرة:

١ ـ قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»(١).

٢ ـ وقال ﷺ: «**التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء**»(٢).

٣ ـ حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ: أنه يخدع في البيوع، فقال: **إذا بايعت فقل: لا خلابة**»(٣)، أي لا خديعة.

٤ ـ وعنه رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يبع بعضكم على بيع بعض**»(٤).

جـ ـ الإجماع:

وقد أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة(٥).

ثم الحكمة تقتضيه، لأن بالناس حاجة إليه، وفي شرعية البيع دفع لحاجة صاحبها، ووصول إلى الغرض المطلوب.

---

(١) متفق عليه، انظر: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان جـ٢ ص١٣٧. وهو في البخاري في البيوع باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا.

(٢) خرجه الترمذي جـ٥ ص ٢١٣ باب ما جاء في التجار. وقال: حديث حسن لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث الثوري عن أبي حمزة.

(٣) متفق عليه، انظر: اللؤلؤ والمرجان جـ٢ ص١٣٧ وهو في البخاري في كتاب البيوع باب: ما يكره من الخداع في البيوع.

(٤) متفق عليه اللؤلؤ والمرجان جـ٢ ص ١٣٣. رقم ٩٦٩. وهو في البخاري في البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك.

(٥) حكاه ابن قدامة في المغني جـ٣ ص ٤٨٠. وانظر الإفصاح جـ١ ص٣١٧.

المبحث الثالث

بيان توقف صحة البيع على الصيغة

وهي الإيجاب والقبول وحكم بيع المعاطاة.

الإيجاب والقبول:

١ - معناهما: الإيجاب هو قول البائع: بعتك هذه السلعة بكذا. أو ما يدل عليه. والقبول: أن يقول المشتري: قبلت. أو ما يدل عليه.

٢ - حكم اشتراط الصيغة في كل بيع:

اختلف الفقهاء في اشتراط صيغة الإيجاب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تشترط هذه الصيغة مطلقًا - أي سواء كان البيع في شيء خطير أو في شيء حقير.

وهذا مذهب الشافعي[١]، ورواية في مذهب أحمد[٢].

وعليه فلا يصح المعاطاة عند الشافعي، وهو مذهب أهل الظاهر[٣].

وحجة أصحاب هذا القول:

---

(١) انظر: المجموع جـ ٩ ص ١٣٧، ونهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٧٥ - ٣٧٧. وحاشية الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٢١٦.

(٢) المغني جـ٣ ص ٤٨٠، والإنصاف جـ٤ ص ٢٦٠، ٢٦١، بل قال في رواية عنه: لا يصح بغير لفظ (بعت) واشتريت. والظاهر عنده صحته بكل لفظ يدل عليهما. وانظر: المحرر جـ١ ص٢٥٢، وكشاف القناع جـ٣ ص١٤٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية جـ ٢٩ ص٥ - ٨.

(٣) المحلى جـ٨ ص ٣٥٠.

قـوله ﷺ : « **إنما البـيع عن تراض**»[١]، والرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً عليه .

القول الثاني: لا تشترط مطلقًا.

وهذا مـذهب مـالك[٢] ، ورواية عن أبي حنيـفـة[٣]، وهذا ظاهر مـذهب أحمد[٤] . وعليه يصح بيع المعاطاة .

والمشهور عن مالك قوله : كل ما عده الناس بيعًا فهو بيع .

القول الثالث:اشتراط الإيجاب والقبول فيما له خطر . ولا تشترط فيما دون ذلك .

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥] ، وهذا قول في مذهب أحمد[٦] .

وبيع المعاطاة جائز عند الأحناف إلا ما حكي عن الكرخي أنه منعه في الأمور الخطيرة . وكذلك مالك وأحمد . وقديم قولي الشافعي . وهو وجه عند أصحابه[٧] .

❐ اختيار ابن قدامة :

اختار رحمه الله تعالى القول بأن البيع له صورتان : إيجاب وقبول ومعاطاة . ولا يتحدد إيجاب صيغة معينة في البيع[٨] .

---

(١) خرجه أبو داود بلفظ : « **لا يفترقن اثنان إلا عن تراض**» في البيوع باب خيار المتبايعين حديث ٣٤٥٨ ، وانظر : الترمذي جـ٣ ص ٥٤٢ .

(٢) انظر : جواهر الإكليل جـ٢ ص ٢ ، وشرح الحطاب جـ٢ ص ٢٢٨ ، و بداية المجتهد جـ٢ ص١٤٨ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ١ ص ٥٠٣ ، شرح فتح القدير جـ٥ ص ٤٥٦ ـ ٤٥٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص٢٩٨٥ ، البحر الرائق جـ ٥ ص٢٧٨ .

(٤) المراجع السابقة في مذهب أحمد .

(٥) المراجع السابقة في مذهب أبي حنيفة .

(٦) المراجع السابقة في مذهب أحمد .

(٧) المراجع السابقة في المذاهب الأربعة .

(٨) انظر : العمدة ص ٢١٥ ، والمقنع جـ٢ ص٣ ، والكافي جـ٢ ص٣ ـ ٤ ، والمغني جـ ص٤٨٣ .

واحتج بما يلي :

١ ـ أن الله تعالى أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ؛ فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض ، والأحراز ، والتفرق .

٢ ـ أن الناس في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك .

٣ ـ ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلومًا عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكامًا ، وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم .

٤ ـ عدم النقل عن رسول الله ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم تحديد صيغة معينة .

كما أن البيع والشراء مما تعم به البلوى ويعظم خطره ، فلو كان الإيجاب والقبول شرطًا لصحته لبينه ﷺ بيانًا كافيًا ـ لإفضاء إخفاء الحكم إلى أكل الأموال بالباطل .

قلت : وما ورد من العقود التي تنبني في صحتها على الصيغة جاء التحديد به من الشرع ، مثل عقد النكاح مثلاً فيقتصر عليه ، وما عدا ذلك يبقى حسب عرف الناس ؛ فالمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا .

٥ ـ ثم الأصل في باب المعاملات الإباحة حتى يرد من الشرع ما ينقل عن ذلك ولم يرد . فلا وجه للشافعية في الاشتراط ولا لغيرهم .

وقد اختار هذا جمع من المحققين مثل ابن تيمية[١] .

وهذا موقف جيد وتحرر فكري من القيود والتحديدات فيما لم يرد فيه

(١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ص٨ ، ط . مطبعة الحكومة السعودية .

شيء من الشرع، بيد أن عرف الناس قديمًا وحديثًا على خلاف قول من اشترطه.

وأصدق عبارة في هذا قول مالك: ما عده الناس بيعًا فهو بيع.

ومالك هو إمام دار الهجرة ومن الملتزمين بسنة المصطفى ﷺ وسنة خلفائه ـ فلو ورد في ذلك شيء ما تردد في القول به، والله أعلم.

* * *

الفصل الثاني

البيوع المنهي عنها غير الربا

وهذه البيوع منها الربا وقد أفردته بباب يخصه جريًا على عادة الفقهاء واتباعًا لمنهجهم وهو يلي باب البيوع، فهو نوع منها إلا إنه لخطره أفردوه بمباحث تخصه.

وهناك أنواع أخرى من البيوع اتفق على تحريمها أو الخلاف فيها ضعيف فلا أتعرض لها لأنها خارجة عن منهج البحث.

وإنما أتعرض لبعض المسائل المختلف فيها خلافًا قويًا والتي هي من البيوع القائمة اليوم، وذلك لاستجلاء وجه الحق فيها. أما التي انقرضت أو لا فائدة من بحثها لعدم معاصرتها فسأضرب عنها صفحًا، وبالله التوفيق.

وسأخص كل مسألة خلاف بمبحث معين. لهذا ستكون المباحث المهمة ثمانية:

المبحث الأول

حكم بيع اللبن وهو في الضرع

اختلف الفقهاء في صحة بيع اللبن وهو في ضرع الحيوان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١] ، والشافعي [٢] ، وأحمد [٣] . وهو مروي عن ابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم.

وهو قول إسحاق، وطاوس، ومجاهد [٤] .

القول الثاني: يجوز.

وهذا مذهب طائفة من الفقهاء منهم الحسن، وسعيد بن جبير، ومحمد ابن مسلمة [٥] . ولم يذكر له دليل.

القول الثالث: يجوز أيامًا معلومة إذا عرف حلابها وتقديره بسقي صبي معين. وهذا مذهب مالك [٦] ، مع أن قياس مذهبه عدم الجواز.

وحجته: القياس على الظئر [٧] .

❐ اختيار ابن قدامة :

اختار رحمه الله القول الأول - وهو عدم الجواز - وهو موافق للمذهب [٨] ، واحتج له بما يلي:

---

(١) البحر الرائق جـ٦ ص ٨١، شرح فتح القدير جـ٦ ص ٥٠، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٦٢.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ٩ ص ٣١٦، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٢١.

(٣) المغني جـ٤ ص ١٥٨، الإنصاف جـ٤ ص ٣٠١، المحرر جـ١ ص ٢٩٠، كشاف القناع جـ٣ ص١٦٦.

(٤) المغني كما سبقت الإشارة.

(٥) المغني جـ٤ ص ١٥٨.

(٦) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٥٤، شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٨٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ١١١، الكافي جـ٢ ص ٦٨١.

(٧) الظئر: المرضعة لولد غيرها العاطفة عليه. القاموس باب الراء فصل الظاء ص ٥٥٥.

(٨) راجع: المغني جـ٤ ص ١٥٨، والكافي جـ٢ ص١١، والمقنع جـ٢ ص ١٣.

١ ـ ما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع»[١].

٢ ـ الجهالة في صفته ومقداره أشبه الحمل.

٣ ـ الرد على قياس مالك بأن لبن الظئر إنما جاز شراؤه من أجل الضرورة وهي: حضانة الطفل. والحاجة تقدر بقدرها.

قلت: الاحتياط ما اختاره ابن قدامة، ولا يخفى قوة ما ذهب إليه مالك رحمه الله مع ما ذكر من القيود والضوابط.

المبحث الثاني

حكم بيع ضراب الفحل[٢]

وهذه من باب الإجارة، وبحكم التداخل بين البيع والإجارة لأنها بيع المنافع دخلت هذه المسألة، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يجوز بحال.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]. وحجتهم:

---

(١) خرجه البيهقي في البيوع باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم جـ٥ ص ٣٤٠ ـ السنن الكبرى.

(٢) هو إجارة الفحل من إبل وغيرها لينزو على الأنثى، وذلك رجاء أن تحمل فتنتج. القاموس باب الباء فصل العين ص ١٤٧ ـ في مجلد واحد.

(٣) الهداية جـ٣ ص ٢٤٠، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ٢ ص ٣٨٣.

(٤) نهاية المحتاج جـ٣ ص٤٤٧، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص٢٩٢.

(٥) راجع: المغني جـ٤ ص ١٦٠، الإنصاف جـ٤ ص ٣٠١، كشاف القناع جـ٣ ص ١٦٦.

١ ـ ما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ: نهى عن بيع عسب الفحل»[١].

وعسب الفحل: ضِرابه. وبيعه أخذ عوضه.

٢ ـ ماروى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ضراب الجمل»[٢].

القول الثاني: يجوز.

وهذا مذهب مالك[٣]، وابن عقيل من الحنابلة[٤]. وحجتهما:

١ ـ أنه عقد على منافع الفحل وهذه منفعة مقصودة، والماء تابع والغالب حصوله عقيب نزوه[٥].

٢ ـ مشابهته للظئر.

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو عدم الجواز وهو موافق للمذهب[٦].

---

(١) خرجه البخاري رقم ٢٢٨٤ في الإجارة باب عسب الفحل كما في الفتح جـ٤ ص٤٣١، وذكره البيهقي جـ٥ ص٣٣٩ في البيوع باب النهي عن عسب الفحل.

(٢) خرجه مسلم رقم ١٥٦٥ في المساقاة باب تحريم فضل بيع الماء، والنسائي جـ٧ ص ٣١٠ في البيوع باب بيع ضراب الجمل.

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٩٦.

(٤) المراجع السابقة في مذهب أحمد، وبخاصة المغني والإنصاف.

(٥) نزو الفحل: أي وثوبه على الأنثى. القاموس باب الواو فصل الزاي.

(٦) راجع: المغني جـ٤ ص ١٥٩، ١٦٠، الكافي جـ٢ ص ١١.

واحتج له بما يلي:

١ ـ الحديثان السابقان وهما في الصحيح ـ الأول: رواه البخاري، والثاني رواه مسلم.

٢ ـ أنه غير مقدور على تسليمه لمالك الفحل.

٣ ـ تعلق ذلك باختيار الفحل وشهوته. فقد يحصل وقد لا يحصل.

٤ ـ ولأن المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد.

ورد قياس مالك على الظئر بأن الظئر خولف فيها الأصل لمعنى خاص هو مصلحة بقاء الآدمي فلا يقاس عليه؛ لأن ما ثبت على غير قياس غيره عليه لا يقاس.

قلت: على صاحب الفحل أن يسمح بالضراب إذا احتيج إليه ولا يأخذ عليه ثمنًا. لكن إن أخذ فالإثم يخصه لعدم استطاعة صاحب الأنثى لقاحها إلا بذلك. فالأمر كالحجامة كسبها خبيث لكنه في حق الآخذ دون المعطي. وكالنهي عن ثمن الكلب؛ فإذا اضطر إليه الإنسان لما هو مشروع ولم يبذل له إلا بثمن جاز من قبل المشتري دون البائع فالنهي يخص البائع. أما عند عدم الحاجة فالآخذ والمعطي سواء؛ لأنه إعانة على منكر وقد نهى عنه الشرع فيعم البائع والمشتري. والله أعلم.

المبحث الثالث

النجش

وهو في الاصطلاح: الزيادة في ثمن السلعة لا بقصد شرائها، وإنما

ليخدع غيره ليوقعه في شرائها [١].

أما حكمه: فلا شك أن الناجش آثم وعاص لله ورسوله ﷺ ولا خلاف في هذا. لكن إن وقع عقد فيه نجش فما حكمه من حيث الصحة وعدمها؟

اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: العقد صحيح والبيع نافذ وله الخيار

وهذا مذهب أبي حنيفة [٢]، والشافعي [٣]، والمشهور من مذهب أحمد [٤].

وهذا مذهب الجماهير من أهل العلم.

القول الثاني: البيع باطل.

وهذا مذهب مالك [٥]، وهو الرواية الثانية في مذهب أحمد [٦]، وهو مذهب أهل الظاهر [٧].

الأدلة: احتج كل من الفريقين بأدلة واحدة لكن الخلاف في توجيه هذه الأدلة.

---

(١) وهذا متفق مع المعنى اللغوي. انظر: القاموس المحيط جـ٢ ص٣٠٠، باب الشين فصل النون، المختار من صحاح اللغة ص ٥١٣، المغني جـ٤ ص ١٦٠، الموطأ جـ٢ ص ٦٨٤.

(٢) البحر الرائق جـ٦ ص ١٠٧، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٠٦، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٢٢٣.

(٣) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٦٩، ٤٧٠، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٣١٥.

(٤) راجع: المغني جـ٤ ص ١٦٠، الإنصاف جـ٤ ص ٣٩٥، كشاف القناع جـ٣ ص ٢١١.

(٥) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٢٦، شرح الحطاب جـ٤ ص ٩٧٧. وعنه أن كالعيب يظهر في السلعة.

(٦) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٧) المحلى جـ٨ ص ٤٤٨.

أ ـ الأدلة:

١ ـ حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش»[١].

٢ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد**»[٢]

٣ ـ قوله ﷺ: «**الخديعة في النار**»[٣].

٤ ـ ما رواه البخاري عن ابن أبي أوفى قال: «الناجش آكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل»[٤]

ب ـ كيفية الاحتجاج:

١ ـ الفريق الأول خص التحريم بالناجش دون العقد فقال: النهي عاد إلى الناجش لا إلى العقد فلم يؤثر في البيع.

---

(١) رواه البخاري، ومسلم، ومالك في الموطأ، والنسائي. انظر: جامع الأصول رقم ٣٣٤ جـ١ ص٦٠٥. أخرجه البخاري في البيوع باب النجش، وفي الحيل، باب: ما يكره من التناجش. ومسلم في البيوع باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وتحريم النجش حديث ١٥١٦، ومالك في الموطأ جـ٢ ص٦٨٤، والنسائي جـ٧ ص٢٥٨، وابن ماجه برقم ٢١٧٣.

(٢) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان في البيوع باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية رقم ٩٦٩ جـ٢ ص ١٣٤.

(٣) خرجه البخاري في البيوع باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع عن ابن أبي أوفى بهذا اللفظ وزاد: «**ومن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**».

(٤) انظر: البخاري في البيوع باب النجش ومن قال: لا يجوز ذلك البيع ووصله في الشهادات. جـ٤ ص ٢٩٧ لكن قوله: وهو خداع باطل لا يحل من كلام البخاري كما ذكره الحافظ جـ٥ ص ٢٨٧.

ثم إن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد، أشبه تلقي الركبان، وبيع المعيب، والمدلس.

وفارق ما كان لحق الله تعالى، بأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن.

٢ ـ والفريق الثاني الذي حكم بالبطلان ـ قالوا: النجش منهي عنه بالنصوص السابقة والنهي يقتضي الفساد .

❑ اختيار ابن قدامة:

ذهب ابن قدامة إلى رأي وسط حيث قال:

إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء كما في تلقي الركبان[١] .

وإلا يكن كذلك بأن كان غبنًا يسيرًا فيصح العقد مع إثم الناجش.

وملخص رأي ابن قدامة ـ تصحيح العقد مع ثبوت خيار الغبن.

وهو رأي جيد لاسيما في مثل هذا العصر الذي قل فيه الوازع الديني وضعف خوف الناس من الله تعالى، ومثل هذا التعامل يكثر في بيع المزاد وبخاصة مزاد السيارات حيث يتفق العملاء على أن يحرج البعض ويزيد البعض ليقع المشتري فريسة لهم، ولو نكل فلابد أن يذهب عليه العربون، أو يدفع ما يسمى بسعي البيع كاملاً لاعتقادهم صحة البيع إذا ما نكل[٢] .

وهذا تقرير ليس له حل إلا ثبوت الخيار مع صحة العقد لاستكماله أركان

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص١٦٠، والكافي جـ٢ ص ٢٢، والمقنع جـ٢ ص ٤١.

(٢) والمراد أجرة السمسرة

البيع فإن أحب أمسك وإن أحب رد. وفي القول ببطلان البيع قوة ووجاهة فلعل النهي يقتضي فساد العقد، والله أعلم.

المبحث الرابع

بيع الحاضر للباد

معناه: أن يخرج الحضري وهو السمسار إلى جالب السلعة سواء كان من أهل البادية أم من الحاضرة، ويقول: أنا أبيع لك ويعرفه السعر الذي في البلد.

وإنما غلب لفظ البادي على الآتي من الخارج لأن غالب أهل السلع كانوا من البادية أو أنهم يقدمون بها من البوادي. وإلا فإن المراد ما ذكرته[١].

حكم العقد لو باع حاضر لباد:

اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع على قولين:

القول الأول: جواز بيع الحاضر للباد.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، ورواية عن أحمد[٣]. وبه قال طائفة من أهل العلم منهم مجاهد[٤].

قالوا: النهي عنه كان أول الإسلام حيث كان بالناس ضيق وحاجة.

---

(١) معالم السنن جـ٣ ص ١١٠، فتح الباري جـ٤ ص ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣.

(٢) البحر الرائق جـ٦ ص ١٠٨، وفيه ما يدل على الكراهة إذا كان بالبلد قحط وعوز، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٠٧، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢٢١، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٠٢.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٦٢، الإنصاف جـ٤ ص ٣٣٣، المحرر جـ١ ص ٣١١، كشاف القناع جـ٣ ص ١٨٤.

(٤) المغني كما سبق.

القول الثاني: يحرم.

وهؤلاء منهم من منعه مطلقًا، ومنهم من اشترط للتحريم شروطًا وهي:

١ - أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له. أو بعبارة أخرى: أن يعرض الحضري ذلك على البدوي فلو عرضه البدوي على الحضري لم يمنع.

٢ - أن يكون البادي جاهلاً للسعر.

٣ - أن يكون مريدًا لبيع السلعة لا لخزنها أو أكلها.

زاد بعضهم:

٤ - أن يكون مريدًا لبيع السلعة بسعر يومها.

٥- أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق في تأخير بيعه.

وهذا مذهب مالك (١)، إلا إذا جعلها أمانة عنده. والشافعي (٢)، وبعض أصحاب أحمد (٣) كالقاضي، والخرقي، مع اختلاف بزيادة أو نقص في الشروط المذكورة، بل قال في الإنصاف التحريم هو المذهب بشروطه.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني (٤). وأيده بالأدلة التالية:

١ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان،

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٢٦، شرح الحطاب جـ٤ ص ٣٧٨، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٤٥.

(٢) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٦٤، ٤٦٥، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٣٠٩.

(٣) المراجع السابقة في مذهب أحمد الصفحة السابقة.

(٤) راجع: المغني جـ٤ ص ١٦٣، والكافي جـ٢ ص ٢٢، والمقنع جـ٢ ص٢١.

وأن يبيع حاضر لباد»[١] .

٢ ـ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**»[٢] .

قال: وهذا نهي يقتضي الفساد.

٣ ـ الإضرار بالمسلمين فالبادي يقدم على البلد ويبيع سلعته بما يعود عليه بالكسب الحلال ويقضي الناس حوائجهم، لكن إذا تولى التسعير له سمسار يعرف حاجة الناس وفاقتهم زاد في السعر بربح قد يصل أضعافًا مضاعفة، وهذا مخالف لسماحة الإسلام ويسر الشارع الكريم. ولهذا جاء في الحديث: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**».

المبحث الخامس

حكم بيع الكلب

تمهيد: قد يحتاج إلى هذا المخلوق على أنه مستقذر طبعًا وشرعًا ولكن لم يخلقه الله عبثًا، فقد يحتاجه الإنسان للماشية، أو للصيد، أو لحراسة الزرع، أو المنزل وبخاصة منازل البادية التي تكون أحيانًا منفردة في الصحراء.

ولا شك أن الكلب مجرب لحفظ هذه الأمور والنفع فيها إما بحراسة أو

(١) متفق عليه: وتقدم تخريجه في بيان مسألة النجش ص ٢٣ من هذا البحث.

(٢) رواه مسلم والترمذي، وأبو داود، والنسائي، وانظر جامع الأصول رقم ٣٤٩ في البيوع الفصل الخامس في النهي عن بيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان جـ١ ص ٥٢٩، وذكر الأستاذ عبد القادر الأرناؤوط في الهامش من الصفحة المذكورة بيان أسماء الكتب والأبواب التي روي الحديث فيها. وهو في مسلم برقم ١٥٢٢ في البيوع باب تحريم بيع الحاضر للباد.

تنبيه على اللص أو الذئب.

ولهذا نشأت الحاجة إليه، والعادة جارية بين الناس أن لا يمنعوا غيرهم من أخذ هذا الحيوان متى ما احتاجوا إليه.

لكن قد يضن به بعض الناس بخلاً به، أو لندرته أحيانًا. فكيف العمل حينئذ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: بيع الكلب باطل مطلقًا.

وهذا مذهب مالك(١)، والشافعي(٢)، وأحمد(٣). وهو قول الحسن، وربيعة، وحماد، والأوزاعي(٤).

القول الثاني: الجواز مطلقًا.

وهذا مذهب أبي حنيفة(٥). وفي رواية منع بيع الكلب العقور، وهو الذي يعدو على الناس فيؤذيهم.

---

(١) انظر: شرح الحطاب جـ٤ ص ٢٦٧، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٤، بداية المجتهد جـ٢ ص ١١٠، والكافي جـ٢ ص ٦٧٤، ٦٧٥.

(٢) المجموع جـ٩ ص ٢٢٥، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٤٦، ٣٩٢، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص٢٣٤.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩١، والإنصاف جـ٤ ص ٢٨٠، كشاف القناع جـ٣ ص ١٥٤، المحرر جـ١ ص ٢٨٤.

(٤) المغني كما سبق.

(٥) شرح فتح القدير جـ٦ ص ٣٤٥، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٠٧٣.

القول الثالث: جواز بيع الكلب المأذون في إمساكه مع الكراهة. وهذا مذهب المالكية[(١)] .

وحجة القائلين بالجواز ما يلي:

١ ـ ما روي عن جابر رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور، إلا كلب صيد»[(٢)] .

٢ ـ ولأنه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[(٣)] . وأيد اختياره بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى أبومسعود الأنصاري: «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن»[(٤)] .

٢ ـ ما رواه البخاري بسنده إلى رسول الله ﷺ أنه«نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب ـ الحديث»[(٥)]

٣ ـ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: « نهى رسول الله ﷺ

---

(١) راجع: المراجع السابقة في مذهب مالك.

(٢) خرجه أبو داود رقم ٣٤٧٩ في البيوع والإجارات باب في ثمن السنور جـ٣ ص ٧٥٢ تحقيق الدعاس. والسنور: الهر. المصباح جـ١ ص ٢٩١.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩٢، والكافي جـ٢ ص ٩، والمقنع جـ٢ ص ٥.

(٤) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠١٠ في المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن جـ٢ ص ١٤٧.

(٥) رواه البخاري رقم ٢٢٣٨ كما في الفتح جـ٤ ص ٤٢٦، في البيوع باب ثمن الكلب.

عن ثمن الكلب، **فإن جاء يطلبه فاملئوا كفه ترابًا**»[1] .

٤ ـ كونه حيوانًا منهيًا عن اقتنائه إلا لحاجة. فهو يشبه الخنزير في النجاسة.

وعلل الترجيح برد أدلة المجيزين وبخاصة الحديث وفيه: «**إلا كلب صيد**» ـ بما يلي:

أ ـ قول أحمد: هذا عن الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف.

ب ـ قول الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر.

جـ ـ قول الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث.

ثم لو صح إسناده حمل على النهي ـ أي وكلب صيد.

و لو صح فهو حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

قلت:والأصل أن يبقى النهي على عمومه، وأن الناس يبذلون ذلك لمن احتاجه بغير ثمن.

لكن إذا احتاجه شخص لغرض مشروع ولم يبذل له إلا بثمن فلعل المشتري يخرج من الإثم، ويبقى فيه البائع، وهو الذي نص الحديث عليه إذ أنه هو الآخذ للثمن. والله أعلم.

المبحث السادس

حكم بيع رباع مكة ودورها وشرائها

اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعًا لاختلافهم في كيفية فتحها أكان عنوة أو صلحًا؟ على قولين:

---

(١) رواه أبو داود رقم ٣٤٨٢ في البيوع والإجارات باب في أثمان الكلاب جـ٣ ص٧٥٤ تحقيق الدعاس.

القول الأول: لا يجوز بيع رباع مكة ودورها.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، وأحمد في المشهور عنه[٣]. وهو قول الثوري، وأبي عبيد[٤]. وحجتهم:

١ـ ما روى عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ في مكة: «**مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها**»[٥].

٢ـ حديث عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال: «**مكة حرام وحرام بيع رباعها، وحرام أجر بيوتها**»[٦].

٣ـ وعنه« أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله ﷺ؛ من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن»[٧].

٤ـ أنها فتحت عنوة بدليل قوله ﷺ: « **إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار**»[٨].

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٧٤٧، وفيه ما يدل على الجواز.

(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي جـ٣ ص٣١١ وجـ٤ ص ٤٨ وما بعدها. وفي كتاب الحجة في فتح رسول الله ﷺ مكة عنوة.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩٦، الإنصاف جـ٤ ص ٢٨٨، كشاف القناع جـ٣ ص ١٦٠.

(٤) المغني كما سبق.

(٥) خرجه الدارقطني رقم ٢٢٧ في البيوع جـ٣ ص ٥٨، قال: وفي سنده إسماعيل بن إبراهيم ابن مهاجر ضعيف، ولم يروه غيره.

(٦) خرجه الدارقطني في سننه رقم ٢٢٣ جـ٣ ص ٥٧ وفي سنده أبو حنيفة. ثم هو موقوف.

(٧) خرجه الدارقطني رقم ٢٢٨ جـ٣ ص ٥٨ في البيوع.

(٨) متفق عليه: اللؤلؤ والمرجان رقم ٨٦١ جـ٢ ص٧٩ في الحج باب تحريم مكة وصيدها. وهو في البخاري في اللقطة باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.

القول الثاني: يجوز ذلك.

وهذا مذهب الشافعي [(١)]، ورواية عن أحمد [(٢)]. وهو قول طاوس، وعمروبن دينار، وابن المنذر [(٣)]. وحجتهم:

١ - قوله ﷺ لما سئل: أين تنزل غدًا؟ قال: «**وهل ترك لنا عقيل من رباع؟**» [(٤)].

٢ - فعل الصحابة رضي الله عنهم. ومن ذلك:

أ - أن حكيم بن حزام باع دار الندوة، فقال ابن الزبير: «بعت مكرمة قريش. فقال: يا ابن أخي: ذهبت المكارم إلا التقوى» [(٥)].

ب - شراء معاوية دارين [(٦)].

جـ - شراء عمر دارًا من صفوان بن أمية بأربعة آلاف وجعلها سجنًا [(٧)].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول بجواز [(٨)] بيع دور مكة ورباعها وإجارة بيوتها، قال: «وهو أظهر في الحجة». وحجته:

١ - أن مكة وإن فتحت عنوة إلا أن رسول الله ﷺ أقر أهلها عليها وترك رباعها لهم، كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم.

---

(١) المجموع جـ٩ ص ٢٣٦.
(٢) المراجع السابقة في مذهب أحمد.
(٣) المغني جـ٤ ص ١٩٦.
(٤) متفق عليه. انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ٨٥٧ في الحج باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها جـ٢ ص ٧٧.
(٥) ذكره في المغني جـ٤ ص ١٩٦.
(٦)،(٧) المغني جـ٤ ص ١٩٦.
(٨) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩٦، ١٩٧، والكافي جـ٢ ص ٦، والمقنع جـ٢ ص ٥٩.

٢ ـ ما جرت عليه عادة الناس منذ عهده ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم حتى اليوم؛ فهم يتبايعون ويتناقلون ملكية الدور والأرض من غير خلاف، ويتصرفون فيها تصرف الملاك.

٣ ـ إسناد الملكية إلى أصحابها كقوله ﷺ أثناء الفتح: «**من دخل دار أبي سفيان فهو آمن**»(١).

٤ ـ ما روي من الأحاديث بخلاف الجواز فضعيف.

قال الموفق رحمه الله: قال ابن عقيل: «والخلاف في غير مواضع المناسك، أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف»(٢) اهـ.

المبحث السابع
حكم بيع المصاحف

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز مطلقًا.

وهذا مذهب أحمد(٣). وهو قول بعض الفقهاء منهم سعيد بن جبير، وإسحاق. وهذا مروي عن ابن عباس، وابن عمر، وأبي موسى، رضي الله عنهم(٤).

---

(١) رواه مسلم في الجهاد باب فتح مكة حديث ١٧٨٠.

(٢) المغني كما سبقت الإشارة.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩٨، الإنصاف جـ٤ ص ٢٧٨، كشاف القناع جـ٣ ص ١٥٥، المحرر جـ١ ص ٢٨٥.

(٤) المغني كما سبقت الإشارة.

القول الثاني: الجواز مطلقًا إلا لكافر.

وهذا مذهب مالك [١]، ومذهب أبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]. وهو قول الحسن، وعكرمة[٤].

وحجتهم: أن البيع واقع على الجلد والورق والحبر، وبيع كل ذلك مباح.

القول الثالث: يجوز مع الكراهة.

وهذا مذهب بعض العلماء منهم أبو الخطاب من علماء الحنابلة[٥].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول [٦]، وهو موافق لنص المذهب الحنبلي ومن وافقه.

واحتج له بالأدلة التالية:

١ ـ ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «وددت أن الأيدي تقطع في بيعها»[٧]. أي المصاحف.

ولم يظهر له مخالف فكان إجماعًا من الصحابة رضي الله عنهم على ذلك.

---

(١) شرح الحطاب جـ٤ ص ٢٥٣، وجواهر الإكليل جـ٢ ص ٣.
(٢) شرح معاني الآثار جـ٤ ص ١٢٧.
(٣) المجموع جـ٩ ص ٢٣٩، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٢٣١.
(٤) المغني جـ٤ ص ١٩٨.
(٥) المراجع السابقة في مذهب أحمد.
(٦) راجع: المغني جـ٤ ص ١٩٨، والكافي جـ٢ ص ٨، والمقنع جـ٢ ص ٥، ٦.
(٧) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع المصاحف جـ٦ ص ١٦.

٢ ـ اشتمال المصاحف على كلام الله فتجب صيانتها عن البيع لأن فيه ابتذالاً.

قلت: ليس في المنع دليل مرفوع ولو كان ذلك محرمًا لبينه الشارع لأنه أمر خطير.

وربما يقال: إن القول بالجواز مع الكراهة أوجه؛ صيانة للمصحف عن الابتذال. لكن لا ابتذال فيه، إذ البيع والشراء إنما هو لتكاليف الطباعة، بل في القول بالجواز نشر للخير وتيسير على الناس بتداول المصاحف، ولا يخفى ما في المنع من مشقة، ولهذا قال أحمد: شراؤه أهون من بيعه.

المبحث الثامن

مسألة تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء

للعلماء في تصرف المميز وهو من بلغ سبع سنين فما فوق دون سن البلوغ ببيع أو شراء قولان:

القول الأول: إنه يصح تصرفه بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه، وهو المشهور من مذهب أحمد رحمه الله [١].

القول الثاني: لا يصح حتى يبلغ.

وهو قول الشافعي [٢] رحمه الله تعالى، ورواية أخرى عن أحمد [٣].

---

(١) راجع المغني جـ٤ ص ١٨٥، والإنصاف جـ٤ ص ٢٦٧، وكشاف القناع جـ٣ ص ١٥١، والمحرر جـ١ ص ٢٥٢.

(٢) المجموع جـ٩ ص ١٤٢، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٨٦.

(٣) المغني والإنصاف كما سبق.

وعمدة الرأي الثاني :

١ ـ أنه غير مكلف فأشبه غير المميز .

٢ ـ ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدرج ؛ فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة .

❐ اختيار ابن قدامة:

واختار ابن قدامة القول الأول[١] وهو موافق للمذهب ، مرجحاً اختياره بما يلي :

١ ـ قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[٢] .

والمعنى : اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يكون بتفويضهم في البيع والشراء وليعلم هل يغبن أو لا .

٢ ـ ثم هو عاقل مميز محجور عليه ؛ فصح تصرفه بإذن وليه .

٣ ـ أما قياسه على غير المميز فبينهما فارق ؛ فإن غير المميز لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تميزه ومعرفته . ولا حاجة إلى اختياره لأن حاله معلومة .

٤ ـ أما قولهم : « إن العقل لا يمكن الاطلاع عليه » فإنه مردود بأنه يعلم بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، كما يعلم في حق البالغ فإن معرفة

---

(١) المغني جـ٤ ص ١٨٥ ، والكافي جـ٢ ص ٤ ، المقنع جـ٢ ص ٤ .

(٢) سورة النساء آية ٦ .

رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه، فكذلك هاهنا.

والمعروف: أن الأشياء الخطيرة لا يوكل إليه التصرف فيها، وإنما يوكل إليه التصرف في أمور لا يترتب على الخطأ فيها مفاسد كبيرة. وهذا فيما أذن له الولي أن يتصرف فيه.

أما إذا تصرف بغير إذن وليه فلا ينفذ تصرفه على الصحيح. وقال أبو حنيفة: هو موقوف على إذن وليه.

والصحيح أنه تصرف غير نافذ إلا في القدر المأذون له فيه اللهم إلا إذا كان أمرًا يسيرًا فلا حرج، «لما يُروى أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفورًا فأرسله»[1].

ثم إن الصبي قد يحتاجه أهله في شراء بعض ما يحتاجون للمنزل من حاجات متكررة. ففي القول بعدم نفاذ تصرفه حرج ومشقة.

* * *

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص١٨٥.



الفصل الثالث

في بيع الأصول والثمار

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

حكم بيع النخل وسائر الشجر المثمر

بعد أن تخرج ثمرته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحكم إذا وقع بيع على شجر مثمر ولم يشترط أحد المتبايعين الثمرة، وقد أدخل على الشجر التلقيح وهو ما يعرف قديمًا بالتأبير أو لم يدخل، فاختلف الفقهاء في حكم الثمرة التي على الشجرة المباعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الثمرة تكون للبائع مطلقًا سواء كانت الشجرة مؤبرة أو لا، والتأبير اللقاح.

وهذا مذهب أبي حنيفة[1]. وبه قال الأوزاعي[2].

---

(١) راجع: مختصر الطحاوي ص ٧٨، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٠٨٣، وحاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٥٣.

(٢) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٥١.

وحجة الأحناف: دليل عقلي قياسي هو: أن الثمرة نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع قياسًا على الزرع في الأرض.

القول الثاني: هي للمشتري في الحالين.

وهذا رأي جماعة من أهل العلم منهم ابن أبي ليلى[١].

وحجتهم: أن الثمرة متصلة بالأصل اتصال خلقة؛ فكانت تابعة له كالأغصان.

فقد قاس دخول الثمرة على دخول أغصان الشجرة في البيع بجامع اتصال كل منهما بالأصل اتصال خلقة.

القول الثالث: التفريق بين حالة التلقيح وعدمها.

فإن كان البيع قبل التلقيح فهي للمشتري وإن كان بعده فهي للبائع إلا أن يشترطها المشتري.

وهذا مذهب مالك[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤]. وهو قول الليث[٥].

وحجتهم: قوله ﷺ: «**من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها،**

---

(١) المغني الصفحة السابقة.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٥٩، شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٩٦، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٢٩، الكافي جـ٢ ص ٦٨٧.

(٣) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص ٢١، ٢٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٣٩، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٤٥٥.

(٤) انظر: المغني جـ٤ ص ٥١، الإنصاف جـ٥ ص ٦٠، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٧٩، والمحرر جـ١ ص ٣١٥.

(٥) المغني الصفحة السابقة.

إلا أن يشترط المبتاع»[١] .

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الثالث الذي فرق بين البيع في حالة التأبير وقبلها[٢] . وهو موافق للمذهب .

وأيده بما يلي :

١ ـ الحديث السابق . وهو متفق على صحته كما سبق .

ووجه الاستشهاد به : أن الشارع جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري ، وإلا لم يكن حداً ولا كان لذكر التأبير فائدة .

٢ ـ ولأنه نماء كامن لظهوره غاية ، فكان تابعًا لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره ـ كالحمل في الحيوان .

٣ ـ الرد على مخالفيه :

أ ـ رده على الأحناف : قال : قولهم مخالف للنص ، والنص حجة عليهم وقياسهم الثمرة على الزرع قياس منقوض ؛ فإن الزرع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها . وأيضًا قياس مع نص ، ولا قياس مع النص .

ب ـ ورد على ابن أبي ليلى بقوله : هو مخالف للنص ودليله قياسي ، ولا قياس مع النص أيضًا .

ثم قياسه فاسد فإن الأغصان تدخل في اسم النخلة وليس لانفصالها غاية

---

(١) متفق عليه : انظر : اللؤلؤ والمرجان رقم ٩٩١ في البيوع باب من باع نخلاً عليها ثمر جـ٢ ص١٤٠ .

(٢) انظر : المغني جـ٤ ص ٥٢ ، والكافي جـ٢ ص ٦٩ ، والمقنع جـ٢ ص ٨٠ .

بخلاف الثمرة .

المطلب الثاني: الحكم إذا اشترط أحد المتبايعين الثمرة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: هي لمن اشترطها سواء كان البائع أو المشتري .

وهذا مذهب أبي حنيفة[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] .

القول الثاني: فيه تفريق بين اشتراط المشتري بعد التأبير واشتراط البائع قبله . فإن اشترطها المشتري وقد أبرت ـ جاز لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها . وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز ـ لأن اشتراطه لها قبل بدء صلاحها بشرط تركها وهو لا يجوز .

وهذا مذهب مالك[٤] .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو الصحة للبيع والشرط ، وهذا موافق لأصل المذهب[٥] .

---

(١) مختصر الطحاوي جـ ص ٧٨، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٠٨٢، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٥٣ .

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص ٢٤ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٣٨ ، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٤٥٥ .

(٣) انظر : المغني جـ٤ ص ٥٢ ، الإنصاف جـ٥ ص ٦٢ ، وجـ٣ ص ٢٨٠ ، والمحرر جـ١ ص ٣١٥ .

(٤) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٥٩ ، شرح الحطاب جـ٤ ص ١٩٥ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٢٩ وما بعدها، الكافي جـ٢ ص ٦٨٨ .

(٥) انظر : المغني جـ٤ ص٥٢ ، والكافي جـ٢ ص٦٩ ، والمقنع جـ٢ ص ٨٠ .

واحتج له بما يلي:

١ ـ أن البائع إذا اشترط فقد استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم فصح، كما لو باع بستانًا واستثنى نخلة بعينها.

٢ ـ أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم[1]. ومفاده أنها إذا علمت صح الاشتراط، وهنا معلومة.

٣ ـ أن البائع أحد العاقدين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري وقد ثبت صحة اشتراط المشتري بقوله ﷺ: «**إلا أن يشترطها المبتاع**»، فكيف يفرق بينهما فيصح الاشتراط من جهة المشتري ولا يصح من جهة البائع؟

٤ ـ عدم مخالفته نصًا أو قاعدة من قواعد الشرع ولا يبطل حقًا فلم لا يصح؟

قلت: ومذهب مالك جيد فيما إذا كان العقد على الثمرة وحدها، أما إذا اتبعت الأصل فلها حكمه. وهذا الاشتراط صحيح لموافقته مصلحة لأحد العاقدين من غير ترتب مفسدة.

المطلب الثالث: بيان الحكم إذا بقيت الثمرة من حق البائع فهل له تركها في الشجر إلى أوان القطع أم يجب عليه قطعها وتفريغ الشجر منها؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ٥ ص ٣٠٤ في البيوع باب من باع ثمر حائطه واستثنى من مكيلة مسماة. والثنيا: استثناء شيء مجهول في عقد البيع فيفسده. وقيل: هي أن يباع شيء جزافًا فلا يجوز أن يستثنى منه شيء قل أو كثر. وفي المزارعة هي أن يُستثنى بعد النصف أو الثلث كيل معلوم. وأصل الثنيا في البيع: الاشتراط لكن منه ما يصح ومنه ما يفسد العقد. انظر: النهاية في غريب الحديث جـ١ ص ٢٢٤.

القول الأول: له إبقاؤها حتى وقت الجز والقطع .

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] .

القول الثاني: يلزمه قطعها وتفريغ الشجر منها .

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤] .

وحجته : أن الشجر مبيع مشغول بملك البائع فلزمه نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ، وهو أن للبائع الحق في إبقاء الثمرة حتى وقت حصادها[٥] . وحجته :

١ ـ العرف والعادة ، وهما يقضيان بأن وقت تفريغ الشجر من الثمرة إذا جاء وقت الجز والقطع . ولعله يشير إلى القاعدة الفقهية : العادة محكمة .

٢ ـ دخول المشتري على بصيرة فقد وافق على اشتراط البائع للثمرة فلا يحق له أن يأمره بالقطع إلا أن يكون اشترطه عليه .

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦٠ ، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٠٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص١٣١ .

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص ٣٨ ، ٩٦ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٤٣ ، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٤٥٨ .

(٣) المغني جـ٤ ص ٢٥ ، الإنصاف جـ٥ ص ٦٠ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٧٩ ، والمحرر جـ١ ص٣١٥ .

(٤) مختصر الطحاوي ص ٧٨ ، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٠٨٢ ، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٥٤ .

(٥) انظر : المغني الصفحة السابقة ، والكافي جـ٢ ص ٧١ ، والمقنع جـ٢ ص ٨٠ .

٣ ـ رده لدليل الأحناف القياسي بدليل مثله، وهو أن من باع داراً فيها طعام فإنه لا يجب نقله إلا حسب العادة في ذلك وهو نقله حسب استطاعته نهاراً وشيئًا فشيئًا.

ولا يكلف بنقله دفعة واحدة كأن يكلف باستئجار وسائل كبيرة لنقله، فكذلك هاهنا.

٤ ـ ثم الغرض من اشتراط البائع الثمرة إنما هو لغرض الانتفاع، وهذا إنما يحصل بأن تبلغ الثمرة مستوى القطع والجز كحد نهائي. أو أن يحصل المقصود من قطعها، وإلا كان إتلافًا للمال في غير وجه مشروع.

والعرف والعادة دليل شرعي يعمل بهما عند الرجوع إليهما ما لم يخالفا نصًا. فإن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

المبحث الثاني

حكم بيع الثمرة دون أصلها

لا تخلو الثمرة المباعة من أن يكون قد بدا صلاحها أو لم يبد، فإن بدا صلاحها جاز البيع مطلقًا بدون خلاف، إلا ما يروى عن أبي حنيفة والأدلة على خلاف قوله لأنه ﷺ: «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[1].

أما إذا لم يبد صلاحها فلا تخلو حالة الشراء من ثلاثة أوجه:

الأول: أن يشترط المشتري بقاءها إلى الحصاد والجز. فهذا لا يجوز ودليله

(١) متفق عليه: اللؤلؤ والمرجان رقم ٩٨٢ جـ٢ ص ١٣٧ في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. وانظر: الإفصاح لابن هبيرة جـ١ ص ٣٤٠.

الإجماع المنعقد على ذلك، وسنده أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»[(١)].

وحكى ابن المنذر إجماع العلماء على هذا.

الثاني: أن يشترط البائع على المشتري القطع في الحال. وحكمه الجواز لأن المنع إنما كان خوفًا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها.

وقد روى أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟[(٢)].

وليس فيها غرر، فهو يدخل على بصيرة - وإن كان البيع قبل بدو الصلاح مع شرط القطع لا فائدة فيه غالبًا، ولهذا فحصول مثل هذا نادر أو لا يكاد يقع لأن الإنسان إنما يشتري ما ينفعه والثمرة قبل بدو صلاحها لا نفع فيها في الغالب.

الثالث: أن يبيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقًا - من غير شرط، وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع على قولين:

القول الأول: هذا البيع باطل.

وهذا مذهب مالك[(٣)]، والشافعي[(٤)]، وأحمد[(٥)].

---

(١) متفق عليه: اللؤلؤ والمرجان رقم ٩٨٢ جـ٢ ص ١٣٧ في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. وانظر: الإفصاح لابن هبيرة جـ١ ص ٣٤٠.

(٢) رواه البخاري ومسلم ومالك في الموطأ والنسائي، انظر: جامع الأصول رقم ٢٨٦ في البيوع الفصل الثالث في بيع الثمار، والزروع الفرع الأول في بيعها قبل إدراكها وأمنها من العاهة جـ١ ص ٤٦٥ وذكر في التعليق أسماء الكتب والأبواب لكل من روى الحديث بالتفصيل.

(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص٦٠، شرح الحطاب جـ٤ ص٥٠٠، بداية المجتهد جـ٢ ص١٢٩، الكافي جـ٢ ص٦٨٣.

(٤) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص١٠٨، ١٢١، نهاية المحتاج جـ٤ ص١٤٦.

(٥) المغني جـ٤ ص ٦٣، الإنصاف جـ٥ ص٦٧، كشاف القناع جـ٣ ص٢٨١، المحرر جـ١ ص٣١٦.

وحجتهم ما سبق من حديث أنس رضي الله عنه.

القول الثاني: يجوز مثل هذا البيع. ويقطع في الحال.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١].

وحجته: أن إطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه، وفسر النهي عن البيع - بأنه بيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله: «**أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه**»[٢].

وحاصل قوله يرجع إلى النتيجة التي ذهب إليها الجمهور وهي المنع من البيع بشرط البقاء؛ لأنه أجاز البيع بشرط القطع.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول وهذا موافق للمذهب[٣].

وأيد اختياره: بأن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع.

ورد احتجاج الأحناف بسياق الحديث: بأنهم يهدمون قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع لأنه يقرر ما ذهبنا إليه من أن الإطلاق يقتضي التبقية فهو كالذي شرطت فيه التبقية فيدخلان جميعًا

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٨، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٠٨١، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٥٤، ٥٥٥.

(٢) متفق عليه وتقدم في ص ٤٦ من هذا البحث.

(٣) انظر: المغني جـ٤ ص ٦٣، والكافي جـ٢ ص ٧٥، والمقنع جـ٢ ص ٨٢.

في النهي.

قلت: وفي إجازة البيع مع القطع إضاعة للمال، لأن الثمرة قبل بدو صلاحها غير منتفع بها. وبدو الصلاح عند ابن قدامة هو في كل شيء بحسبه، ففي التمر أن يحمر أو يصفر ويطيب أكله.

المبحث الثالث

حكم بيع ما كان المقصود منه مستورًا في الأرض

مثل الثوم والبصل والجزر والبطاطا ونحو ذلك. وهو نوعان:

أحدهما: ما تقصد فروعه مع أصوله كالبصل الأخضر والفجل ونحوهما، فهذا يجوز بلا خلاف.

ثانيهما: ما كان المعقود عليه مستورًا، وهذا اختلف الفقهاء في حكم بيعه على قولين:

القول الأول: لا يجوز حتى يقلع ويشاهد.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: يباح ذلك.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٥٢.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص ٢٣، ١٥٠، ٢٩٨، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٢١، ١٢٢.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٧٠، الإنصاف جـ٤ ص ٣٠٢، وكشاف القناع جـ٣ ص ١٦٦.

وهو مذهب مالك[١] . وذلك إذا غلظت أصوله، ودلت عليه فروعه، وتناهى طيبه. وبه قال الأوزاعي، وإسحاق[٢] . وحجتهم:

١ـ أن الحاجة داعية إليه.

٢ ـ قياسه على بيع ما لم يبد صلاحه تبعًا لما بدا.

٣ ـ ولإمكان الاستدلال على ما في الباطن بما ظهر.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول، وهو موافق للمذهب[٣] . وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ ما روي عنه ﷺ : «أنه نهى عن بيع الغرر»[٤] . وهذا فيه غرر أو يحتمله.

٢ ـ أنه بيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل . ولا يجوز بيعه اتفاقًا.

ورد قياس المالكية على بيع ما لم يبد صلاحه تبعًا لما بدا ـ بأننا إنما أجزناه فيما لم يبد لأنه يتلاحق ويتبع بعضه بعضًا.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦١، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٠٨، بداية المجتهد جـ٣ ص ١٣٧، الكافي جـ٢ ص ٦٨٠.

(٢) المغني جـ٤ ص ٧٠.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٧٠، والكافي جـ٢ ص ٨١، والمقنع جـ٢ ص ٨٢.

(٤) رواه مسلم عن أبي هريرة رقم ١٥١٣ في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر.

المبحث الرابع

الحكم إذا تلفت الثمرة بجائحة وكان البيع للثمرة دون أصولها

أولاً: الجائحة هي: كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح الشديدة، والبرد القارس، والجراد، ونحو ذلك من الآفات السماوية[١].

أما إذا كان من فعل الآدمي فلا يسمى جائحة بل المشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد وطالب البائع بالثمن، وإن شاء أمسك وطالب الجاني.

ثانيًا: إذا وقعت الجائحة فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في الضمان على من يكون في الجائحة على قولين:

القول الأول: ما أهلكته الجائحة فهو من ضمان البائع.

وهذا مذهب مالك[٢]، وقديم قولي الشافعي[٣]، ومذهب أحمد[٤].

وحجتهم: عموم النصوص كما يأتي في بيان اختيار الموفق.

القول الثاني: تكون من ضمان المشتري.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥]، والجديد عند الشافعي[٦].

---

(١) انظر القاموس المحيط باب الحاء فصل الجيم ص ٢٧٦، ط. الرسالة في مجلد واحد. المطلع على أبواب المقنع ص ٢٤٤.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦٢، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٠٨، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٦٣.

(٣)، (٦) تكملة السبكي للمجموع جـ١١ ص ١٠٧، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٥٥، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٤٦٧.

(٤) راجع: المغني جـ٤ ص ٨٠، الإنصاف جـ٥ ص ٧٤، المحرر جـ١ ص٣١٧، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٨٥.

(٥) مختصر الطحاوي ص ٧٨.

وحجة أصحاب هذا القول ما يلي:

١ ـ ما جاء في الحديث: «أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان، فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل، فقال النبي ﷺ: **تألى فلان أن لا يفعل خيرًا**»(١).

ووجه الاستشهاد: أنه لو كان من ضمان البائع لأجبره عليه لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف، فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل.

٢ ـ القياس على حالة إتلاف الآدمي فإن البائع لا يضمنه، فكذلك هاهنا بجامع أن الكل إتلاف لغيره.

٣ ـ قول الشافعي وهو من أهل الحديث: «لم يثبت عندي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير»(٢).

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو موافق للمذهب(٣)، وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى جابر رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح»(٤).

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ٥ ص ٣٠٥ في البيوع باب من قال: لا توضع الجائحة، وقال: في سنده حارثة بن أبي الرجال، ضعيف لا يحتج به. وانظر: التقريب جـ١ ص ١٤٥ رقم ٨٣.

(٢) راجع: السنن الكبرى جـ٥ ص ٣٠٥. وزاد عن الشافعي: أن حديث عمرة مرسل ونحن لا نثبت المرسل.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٨٠، ٨١، والكافي جـ٢ ص ٧٧، والمقنع جـ٢ ص ٨٤.

(٤) رواه مسلم رقم ١٥٥٤ في المساقاة باب وضع الجوائح جـ٣ ص ١١٩١.

٢ ـ وعنه رضي الله عنه: «**إن بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟**»[1].

وفي لفظ: «**من باع ثمرًا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئًا، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم؟**».

ووجه الاستشهاد منها: الصراحة في الحكم ولا يعدل عن هذا إلا لدليل أقوى.

وعلل الترجيح: بإسقاط أدلة المخالفين حيث قال:

أ ـ حديثهم: لا حجة لهم فيه، فإن فعل الواجب خيرفإذا تألى ألا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً.

فأما الإجبار فلا يفعله النبي ﷺ بمجرد قول المدعي من غير إقرار من المدعى عليه أو حضور.

ب ـ التخلية ليست بقبض تام، بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة.

جـ ـ قياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة.

قلت: ويكفي ثبوت وضع الجوائح بالنص. وقد جاء فيه: «فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا . . .».

* * *

---

(١) رواه مسلم كما سبق ص ١١٩٠، وأبو داود رقم ٣٤٧٠ في البيوع والإجارات باب في وضع الجائحة جـ٣ ص ٧٤٦ ترتيب الدعاس.

الفصل الرابع
في بيان أنواع من البيوع
مثل المرابحة، والتولية، والمواضعة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول
في بيع المرابحة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان معنى بيع المرابحة وحكمه.

بيع المرابحة هو: أن يخبر البائع المشتري برأس ماله ويطلب ربحًا معينًا أو نسبة من رأس المال كأن يشتري سلعة بمائة ويبيعها بمائة وربح عشرة مثلاً، فإذا كان صادقًا فيما قال فلا خلاف بين أهل العلم في صحة هذا البيع وجوازه [١].

قال ابن قدامة: هذا صحيح لا نعلم فيه عند أحد كراهة[٢].

وأما إن ظهر أن البائع كاذب في إخباره برأس ماله فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: البيع صحيح لازم وللمشتري حق الرجوع على البائع بما زاد ومقابله من الربح . أي بالنسبة.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة جـ١ ص٣٥٠.

(٢) المغني جـ ٤ ص ١٣٦.

فإذا باعه سلعة بمائة ومكسب عشرة وتبين أنه في الأصل اشتراها بتسعين، فيرجع عليه بعشرة وهي الزيادة ودرهم وهو مقابل العشرة من الربح فتصبح السلعة بتسعة وتسعين.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي في أحد قوليه[٢]، ومذهب أحمد[٣]، وهو قول ابن أبي ليلى، والثوري[٤].

ولعل أهم حجة لهم: أن هذه زيادة في الثمن فلم تمنع صحة العقد قياسًا على صحة البيع مع وجود العيب، فيكون للمشتري الرجوع بما زاد.

القول الثاني: هو مخير بين الأخذ بجميع الثمن المقرر سابقًا وبين الرد، وليس له حق الرجوع بالزيادة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥].

وحجته: القياس على المعيب.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وهو موافق لمذهب إمامه[٦].

وقد رد قياس الأحناف: بأن البائع باعه برأس ماله وما قدره من الربح،

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٥٥، شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٨٨، ٤٨٩، الكافي جـ٢ ص ٧٠٥.

(٢) نهاية المحتاج جـ٤ ص ١١٦، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٤٢٨.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٣٦، الإنصاف جـ٤ ص ٤٣٩، والمحرر جـ١ ص ٣٣٠.

(٤) المغني لابن قدامة كما سبق.

(٥) البحر الرائق جـ٦ ص ١١٨، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٢٢، ١٢٣، ١٢٦، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢٠٦، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٣٧.

(٦) راجع: المغني جـ٤ ص ١٣٦، والكافي جـ٢ ص ٩٧، والمقنع جـ٢ ص ٥٤.

وفي المعيب له حق الرجوع بأخذ الأرش فكذا هاهنا.

بل هاهنا أولى؛ لأنه في المعيب رضي به بثمنه، وهاهنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر.

وإذا حصل زيادة أو نقص في المبيع لزمه بيان الحقيقة على وجهها إذا أراد أن يبيعه مرابحة.

ثم المسألة مبنية على الخلاف في كيفية الرجوع في خيار العيب.

المطلب الثاني: الحكم إذا اشترى شيئين أو أكثر صفقة واحدة وأراد بيع واحد منهما مرابحة فما العمل؟

والجواب : لا يخلو المبيع من حالين :

الأولى: أن يكون من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالإجزاء كالبر والشعير المتساوي، فهذا لا خلاف في جواز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن، لأن ثمن الجزء معلوم يقينًا لإمكان توزيعه بين الأجزاء بالتساوي.

الثانية: أن يكون المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء،

وقد اختلف الفقهاء في صحة مثل هذا البيع مرابحة على قولين :

القول الأول: لا يجوز هذا البيع مرابحة إلا إذا أخبر بالحال على وجهه.

وهذا مذهب أبي حنيفة[1]، وأحمد في المشهور عنه[2]. وهو قول

---

(١) البحر الرائق جـ٦ ص ١١٨، ١١٩، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٢٤، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢٠٠.

(٢) المغني جـ٤ ص ١٣٨، الإنصاف جـ٤ ص ٤٤١، والمحرر جـ١ ص ٣٣١.

الثوري، وإسحاق[١] .

القول الثاني: يجوز بيعه بحصته من الثمن مطلقًا .

وهذا مذهب مالك[٢] ، والشافعي[٣] ، ورواية ثانية في مذهب أحمد[٤] .

واستدل لهذا القول بالأدلة التالية :

١ ـ إمكان انقسام الثمن على المبيع بقدر قيمته بدليل ما لو باع شقصًا وسيفًا فإن الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن .

وكذلك الحال لو أخذ شيئين بثمن واحد فوجد أحدهما معيبًا فإنه يرده بحصته من الثمن . وهذا من مسائل تفريق الصفقة .

٢ ـ أن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به ، فيصح العقد لتوفر الشروط وانتفاء الموانع .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو موافق للمذهب[٥] .

وأيده بما يلي :

---

(١) المغني كما سبق .

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٥٦ ، شرح الحطاب جـ٢ ص ٤٨٩ ، الكافي جـ٢ ص ٧٠٦ .

(٣) نهاية المحتاج جـ٤ ص ١١٤ ، حواشي تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٤ .

(٤) المغني جـ٤ ص١٣٨ ، الإنصاف جـ٤ ص ٤٤١ ، والمحرر جـ١ ص ٣٣١ .

(٥) راجع : المغني جـ٤ ص ١٣٩ ، والكافي جـ٢ ص ٩٦ ، والمقنع جـ٢ ص ٥٣ ، ٥٤ .

١ ـ أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين واحتمال الخطأ فيها كثير. وبيع المرابحة أمانة فلا يجوز هذا فيه.

٢ ـ القياس على الخرص الحاصل بالظن فإنه لا يجوز أن يباع به ما يجب فيه التماثل.

٣ ـ الرد على قياس الشافعي على بيع السيف والشقص على المسألة التي معنا من وجوه:

أحدها: الحاجة الداعية إلى أخذ الشفيع الشقص بالقيمة لأنه لا طريق له إلا ذاك.

ثانيها: كونه لا طريق له سوى التقويم.

ثالثها: لو لم يأخذه بالشفعة لاتخذه الناس طريقًا لإسقاطها، وهذا يؤدي إلى تفويتها وهو ضرر بالشريك.

قلت: والمسألة لا نص فيها وتعليل الشافعي لما ذهب إليه لا يخفى قوته وهو الأصل.

لكن ما ذكره ابن قدامة أورع وأبعد عن النزاع. ثم الأحسن من كل ذلك الإخبار بالحال على وجهه إذ لا خلاف فيه.

المبحث الثاني
بيع التولية

هو: أن يبيع السلعة بمثل ثمنها من غير زيادة أو نقصان [1].

ويصح بلفظ البيع، ويصح بلفظ التولية.

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ١٤١، المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣٨.

وحكمه جائز: ويشبه في الإخبار بالثمن، وتبيين ما يلزم بيانه، وفي كثير من أحكامه ـ بيع المرابحة. وقد سبق بيانها.

المبحث الثالث

بيع المواضعة

وهو: البيع مع الإخبار برأس المال الأصلي وتخفيض مبلغ معين وهو جائز بلا خلاف [١].

وأصل المواضعة: المتاركة في البيع فهو مفاعلة من وضع يضع، وسمي هذا البيع مواضعة؛ لأنه أخذ بدون رأس المال [٢].

وهو مثل بيع المرابحة من حيث الأحكام فيما سبق.

* * *

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ١٤٣.

(٢) المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣٨.

الفصل الخامس

الخيار في البيع

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول

حكم خيار المجلس

وهو أن يثبت لكل من المتبايعين الرجوع عن البيع ماداما في المجلس الذي تبايعا فيه ولم يتفرقا بأبدانهما ، على الصحيح من أقوال أهل العلم .

وقد اختلف العلماء في ثبوت هذا الخيار على قولين :

القول الأول: يثبت لكل من المتبايعين الرجوع عن البيع ما داما في مجلس العقد وهو المعروف بخيار المجلس .

وهذا مذهب الشافعي [١] ، وأحمد[٢] ومذهب الظاهرية . وبالغ ابن حزم فقال : لهما الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما ولو بقيا دهراً[٣] . وهو مروي عن عمر ، وابنه ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأبي برزة ، رضي الله عنهم[٤] . وبه

---

(١) انظر : المجموع جـ٩ ص ١٧١ ، ونهاية المحتاج جـ٤ ص ٣ ، وحواشي الشرواني وابن قاسم جـ٤ ص ٣٣٢ .

(٢) انظر : المغني جـ٣ ص ٤٨٣ ، والإنصاف جـ٤ ص ٣٦٣ ، وكشاف القناع جـ٣ ص ١٩٨ ، والمحرر جـ١ ص ٢٦١ .

(٣) المحلى جـ٨ ص ٣٥١ـ٣٦٥ .

(٤) المغني كما سبق .

قال: سعيد بن المسيب، وشريح، والشعبي، وعطاء، وطاوس، والزهري، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور [١].

القول الثاني: لا يثبت مثل هذا الخيار.

وهذا مذهب مالك [٢]، وأبي حنيفة [٣].

واحتجا بما يلي:

١ - قول عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار» [٤].

٢ - البيع عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو إثبات خيار المجلس للمتعاقدين ما لم يتفرقا ببدنيهما [٥].

وأيد اختياره بالأدلة التالية:

١ - ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) انظر: الكافي جـ٢ ص ٧٠١، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٣، وشرح الحطاب جـ٤ ص ٤٠٩، وجواهر الإكليل جـ٢ ص ٣٤.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٧٤، وشرح فتح القدير جـ٥ ص ٤٦٠، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢١١.

(٤) خرجه البيهقي بلفظ كان عمر أو ابن عمر ينادي: «البيع صفقة أو خيار». كما في السنن الكبرى في البيوع باب في تفسير بيع الخيار جـ٥ ص ٢٧٢.

(٥) انظر: العمدة ص ٢٢٨، والمقنع جـ٢ ص ٣٣، والكافي جـ٢ ص ٤٣، والمغني جـ٣ ص٤٨٣.

تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع»[١] .

٢ ـ قوله ﷺ : «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[٢] . وهذا الحديث نص في الموضوع.

المناقشة والترجيح:

اعترض المانعون لوقوع خيار المجلس على الدليلين السابقين بأن المراد بالتفرق فيهما التفرق بالأقوال، ويدل على أن التفرق يراد به التفرق بالأقوال قوله تعالى: ﴿**وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ**﴾[٣] .

وقوله ﷺ : «**تفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة**»[٤] ، أي بالأقوال والاعتقادات.

وقد رد ابن قدامة على هذا الاعتراض بأربعة أوجه:

---

(١) متفق عليه: رواه البخاري في البيوع باب البيعان بالخيار رقم ٢٢١١ كما في الفتح جـ٤ ص٣٢٨ ، ومسلم في باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين في البيوع رقم ١٥٣١ جـ٣ ص ١١٦٣ واللفظ هنا لمسلم.

(٢) متفق عليه واللفظ للبخاري انظر: البخاري رقم ٢١١٠ في البيوع باب البيعان بالخيار كما في الفتح ومسلم كما أشرت إليه.

(٣) سورة البينة بعض الآية ٤ .

(٤) رواه ابن ماجه رقم ٣٩٩١ ، ٣٩٩٢ في الفتن باب افتراق الأمم، وهو مخرج في الترمذي في الإيمان، ومسند أحمد جـ٣ ص ٥٠١ .

الأول: عدم احتمال اللفظ لما قالوه، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف عليه.

الثاني: أن حمل الحديث على ذلك يبطل فائدة الحديث، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه.

الثالث: أن الحديث أثبت الخيار بعد التبايع فقال: « **إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار**» ، ثم قال: «**وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع**».

وهذا يبعد حمل الحديث على خيار الشرط لبقائه حتى بعد تفرقهما.

الرابع: أن ابن عمر وهو الصحابي الجليل قد فسر الحديث بشكل عملي، فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع. وهو أعلم بمعنى الحديث لأنه راويه هو وأبو برزة [١].

وقد رجح ابن قدامة القول المثبت لخيار المجلس بين المتعاقدين، وعلل الترجيح بالرد على أدلة المانعين فقال:

١ ـ عاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته لحديث: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» مع روايته له وثبوته عنده.

وقد قال الشافعي رحمه الله: «لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعًا؟ وأعظم أن أقول: عبد الله بن عمر»[٢].

---

(١) المغني جـ٣ ص ٤٨٣.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود جـ٣ ص ٧٣٤ إعداد الدعاس.

وقال ابن أبي ذئب: يستتاب مالك في تركه هذا الحديث[١].

٢ ـ أما حديث عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار» ـ معناه: أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وهو نوع من أنواع الخيار، وبيع لم يشترط فيه. وسماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه.

ثم إن أبا إسحاق الجوزجاني روى عن عمر ثبوته. وعلى فرض أنه أراد ما قالوه فلا يعارض به قول النبي ﷺ، لأنه لا حجة في قول أحد مع قوله ﷺ.

ثم لا يحتج بقول عمر وله مخالفون من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما. ومن أصول أحمد رحمه الله أنه إذا تعارضت أقوال الصحابة أخذ بأقربها إلى النص.

٣ ـ قياس البيع على النكاح باطل وقياس مع الفارق لأمور:

١ ـ أن النكاح لا يقع غالبًا إلا بعد روية ونظر فلا يحتاج إلى الخيار بعده.

٢ ـ ثم إن في ثبوت الخيار مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة، ولهذا فلا يثبت فيه خيار كما أنه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية. مع أنه يثبت فيه جواز الرد بالعيب والمطالبة بما يترتب على ذلك من مضرة.

وقد انتهى به القول في هذه المسألة إلى قوله: والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ووهاء ما ذكره المخالف في مقابلته[٢]. اهـ

---

(١) المغني جـ٣ ص ٤٨٣.

(٢) المغني جـ٣ ص ٤٨٣.

وقد استطرد ابن حزم استطراداً واسعًا في بيان هذه المسألة ورد حجج المخالفين وتأويلاتهم لكنه - غفر الله لنا وله - يكاد يتهم مخالفيه بالخروج من الدين - كقوله: ولولا أن القوم مستكثرون من الباطل والخديعة في الإسلام لمن اغتر بهم لم يخف عليهم هذا التطويل بلا معنى.

ورد احتجاجهم بخبر «**المسلمون عند شروطهم**» بأنه خبر مكذوب لأنه إنما رواه كثير بن زيد وهو ساقط، أو مرسل عن عطاء. ولو صح لكان حجة عليهم لأن المراد بالشروط - أي المأمور بها أو المباحة لما صح عنه ﷺ: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق**»[١].

«وكذلك رد ما روي عن عمر: البيع عن صفقة أو خيار»: بأن جميع طرقه لا تصح فهي كلها مراسيل. أو من طريق الحجاج بن أرطاة ولا يخفى ضعفه[٢].

وقد تقدم أنها لو ثبتت لم تقدم على ما ثبت في كتب الصحاح عن رسول الله ﷺ.

المبحث الثاني

حكم انتقال الملك في المبيع بيع الخيار

إذا اشترط أحدهما أو كلاهما مدة معلومة في العقد فهل المبيع انتقل إلى ملك المشتري أم هو باق على ملكية البائع؟

---

(١) انظر: المحلى جـ٨ ص ٣٥٨. والحديث في البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في الولاء حديث ٢٧٢٩، البخاري مع الفتح جـ٥ ص ٣٢٦.

(٢) المحلى جـ٨ ص ٣٦٣.

ولأن للخلاف في هذه المسألة أثرًا في ما يحصل من النماء في هذه المدة ـ نذكر الخلاف وما اختاره الموفق فيها، فنقول وبالله التوفيق:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا ينتقل الملك في السلعة المباعة بيع خيار إلى المشتري حتى تنتهي مدة الخيار.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، ومالك[٢]، وقول للشافعي[٣]، ورواية عن أحمد[٤].

إلا أن أبا حنيفة قال: إن كان الخيار لهما أو للبائع لم ينتقل الملك، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري.

واحتجوا: بأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك قياسًا على الهبة قبل القبض.

القول الثاني: ينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد.

وهذا قول ثان للشافعي[٥]، وظاهر مذهب أحمد[٦].

---

(١) شرح فتح القدير جـ٥ ص ٥٠٣ ص ٥٠٤، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٧٥، ٥٧٧، البحر الرائق جـ٦ ص ٩، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢٩٣.

(٢) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٧٠٣، ٧٠٤.

(٣) المجموع جـ٩ ص ٢٠٠، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٥.

(٤) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٨٨، الإنصاف جـ٤ ص ٣٧٨، كشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٥، ٢٠٦، والمحرر جـ١ ص ٢٦٥.

(٥) المراجع السابقة في مذهب الشافعي.

(٦) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

وحجة هؤلاء:

١ - قوله ﷺ: **«من باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»**[١]. والمبتاع هو المشتري.

ووجه الاستشهاد: أنه جعله للمشتري بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع.

٢ - قوله ﷺ: **«من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»**[٢].

ووجه الاستشهاد: أن هذا بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار له.

القول الثالث: الملك موقوف مراعى.

فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري. وإن فسخا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع.

وهذا مذهب الشافعي[٣].

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني، وهو انتقال الملك إلى المشتري، وهو

---

(١) رواه البخاري في المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب... إلخ. حديث ٢٣٧٩ - البخاري مع الفتح جـ٥ ص ٤٩، ورواه مسلم في البيوع باب من باع نخلاً عليها ثمر، حديث ١٥٤٣ جـ٣ ص ١١٧٣. ورواه غيرهما.

(٢) متفق عليه كما في اللؤلؤ والمرجان رقم ٩٩١ في البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، جـ٢ ص ١٤٠، وانظر: البخاري ومسلم كما مر بنا.

(٣) المراجع السابقة في مذهب الشافعي.

موافق لظاهر المذهب[١] .

وأيده بما يلي :

١ ـ الأدلة السابقة وهي قوله ﷺ : «**من باع عبدًا له مال فماله للذي ابتاعه إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً وقد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[٢] الحديث .

٢ ـ ولأن البيع تمليك بدليل قوله : ملكتك ؛ فيثبت به الملك كسائر البيع .

٣ ـ الرد على من خالفه فقال :

أ ـ أما قول من قال : البيع قاصر . . . إلخ : غير صحيح، وجواز الفسخ لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب .

ومنع التصرف إنما هو لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون .

ب ـ أما قول أبي حنيفة ـ أنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري فغير صحيح لأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له وهو محال .

ثم يفضي إلى ثبوت ملك البائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري .

جـ ـ وأما قول الشافعي بالوقف : فغير صحيح أيضًا ؛ لأن انتقال الملك إنما

---

(١) انظر : المقنع جـ ٢ ص ٣٧، الكافي جـ٢ ص ٤٨، والمغني جـ٣ ص ٤٨٩ .

(٢) هذا الحديث مخرج في البخاري ومسلم والموطأ والترمذي وأبو داود والنسائي، انظر : جامع الأصول برقم ٤٤٦ في البيوع في الباب العاشر في بيع الشجر، ومال العبد، والجوائح جـ٥ ص ٦٠١ . وقد بينت موضعه من الصحيحين .

ينبني على سببه الناقل له وهو البيع وقد حصل.

قلت: ولا يخفى قوة ما ذهب إليه ابن قدامة فإن سبب انتقال الملك هو البيع وقد حصل بالفعل، والتصرف إنما منع منه لحق غيره على القول بعدم جواز التصرف، غير أن المشتري له أن يتصرف إذا كان الخيار له ويعتبر تصرفه إسقاطًا لخياره. وإن كان للبائع فلا يتصرف ولو تصرف ورجع البائع؛ كلف المشتري بدفع ما أنقصه تصرفه، وعلى هذا فالنماء إذا حصل في مدة الخيار وكان منفصلاً فهو للمشتري لحدوثه في ملكه، وأما المتصل فإنه يعود مع السلعة تبعًا للأصل. والغنم بالغرم فلو هلك عنده فهو من ضمانه.

المبحث الثالث

الحكم في خيار الشرط وتحديد مدته

الجمهور من أهل العلم على جواز البيع وصحته بشرط الخيار سواء اشترطاه أو أحدهما. وعلى هذا مالك [١]، وأبو حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤]. وخالف في هذه المسألة أهل الظاهر؛ فمنعوا صحة البيع بشرط الخيار مطلقًا [٥]. ووافقهم الثوري، وابن شبرمة.

---

(١) انظر: جواهر الإكليل جـ٢ ص ٣٤، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب جـ٤ ص ٤٠٩، وبداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٣، والكافي جـ٢ ص ٧٠١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٥، وشرح فتح القدير جـ٥ ص ٤٩٨، وحاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٦٥، وبدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٢٨٨.

(٣) انظر: المجموع جـ٩ ص١٧٨، نهاية المحتاج جـ٤ ص١٢، وحواشي الشرواني وابن قاسم جـ٤ ص٣٤١.

(٤) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٩٩، والإنصاف جـ٤ ص ٣٧٣، وكشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٢، والمحرر جـ١ ص ٢٦٢.

(٥) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٣٧٠-٣٧٨.

وعمدة الجمهور: حديث حبان بن منقذ وهو مروي بألفاظ مختلفة:

منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله ﷺ: «**من بايعت فقل: لا خلابة**»[١]. أي لا خديعة.

وقد حكى النووي الإجماع على صحة شرط الخيار في البيع إذا كانت مدته معلومة.

وكأنه لم يعد خلاف المخالف لضعفه.

وأما ما احتج به أهل الظاهر فهو:

١ - قوله ﷺ: «**ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»[٢].

واشتراط الخيار ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ فهو باطل.

٢ - حديث أبي قلابة عن رسول الله ﷺ قال: «**لا يتفرق بيعان إلا عن تراض**»[٣].

---

(١) رواه البخاري في مواضع منها ١ - في البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع. ٢ - في الاستقراض باب ما ينهى عن إضاعة المال. ٣ - الخصومات، باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل. ٤ - الحيل، باب ما ينهى من الخداع في البيوع. ورواه مسلم برقم ١٥٣٣ في البيوع باب من يخدع في البيع، ورواه أبو داود في الإجارة برقم ٣٥٠٠، والنسائي في البيوع باب الخديعة ومالك في الموطأ جـ٢ ص ٦٨٥ في البيوع باب جامع البيوع. ويراجع شرح الحديث في الفتح جـ٤ ص ٢٨٣.

(٢) خرجه البخاري من حديث بريرة رقم ٢١٦٨ كما في الفتح جـ٤ ص ٣٧٦ في البيوع باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل.

(٣) المحلى جـ٨ ص ٣٧٨ رواه من طريق أبي بكر بن أبي شيبة عن إسماعيل بن علية عن أيوب السختياني عن أبي قلابة. وقال: هو مرسل

وأعلوا حديث حبان بالإرسال. لأنه من رواية محمد بن يحيى بن حبان ولم يدرك النبي ﷺ.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول وهو موافق للمذهب[١].

وشرط لصحته ضوابط معينة منها: أن تحدد مدته، وأنه لا يثبت إلا في البيع والصلح.

وقد استدل بالإجماع على صحة اشتراط الخيار في البيع مدة معلومة.

قلت: وليس للظاهرية في قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» ـ حجة؛ فإن إجماع الأمة دليل على صحة اشتراط الخيار.

وقولهم لم يرد به النقل. نقول: قد ورد في حديث حبان. ولا يجوز اختصاصه به لعدم ما يدل على التخصيص.

وقولهم معلول بالإرسال، نقول: تلقته الأمة بالقبول. فقد قال النووي: رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو بإسناد صحيح إلى محمد ابن إسحاق وهو ثقة، وإن عابوا عليه التدليس، فإنه قد روى هذا الحديث بقوله: حدثني نافع، والمدلس إذا قال: حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع ـ احتج به عند الجماهير. وهذا مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين. وإنما يترك حديثه إذا قال: عن.

---

(١) انظر: العمدة ص ٢٢٨، والمقنع جـ٢ ص ٣٥، والكافي جـ٢ ص ٤٦، والمغني جـ٣ ص٤٩٩.

وهذا وإن كان مرسلاً فهو معتضد بمرسل آخر أو بمسند وهذا حجة عند الشافعي[(١)]. ثم عموم حديث: «**المسلمون على شروطهم**» هذا من السنة وهي وحي، فيدخل تحت عموم أنه من كتاب الله تعالى.

والقائلون بخيار الشرط اختلفوا في تحديد المدة على ثلاثة أقوال، بعد اتفاقهم على عدم جوازه بدون مدة محددة ومنعه مطلقًا في الربويات.

القول الأول: تحديد المدة يرجع إلى المتبايعين فإن شاءا طولاً وإن شاءا قصرا.

وهذا مذهب أحمد[(٢)]، وهو قول أبي يوسف، ومحمد[(٣)]. وقال به جماعة من أهل العلم منهم: ابن المنذر، والحسن بن صالح، والعنبري، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبو ثور[(٤)].

القول الثاني: لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام.

وهذا مذهب أبي حنيفة[(٥)]، والشافعي[(٦)].

وحجتهما: ١ ـ قول عمر رضي الله عنه: «ما أجد لكم أوسع مما جعل

---

(١) المجموع جـ٩ ص ١٧٧.

(٢) المغني جـ٣ ص ٤٩٨، المحرر جـ١ ص ٢٦٢، الإنصاف جـ٤ ص ٣٧٣، وكشاف القناع جـ٣ ص ٢٠٢.

(٣)،(٥) شرح فتح القدير جـ٥ ص ٤٩٨، ٤٩٩، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٦٨، والبحر الرائق جـ٦ ص ٣.

(٤) المغني كما سبق.

(٦) المجموع جـ٩ ص ٢١١، ٢٧٨، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٣، ١٨، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٣٤٢.

رسول الله ﷺ لحبان؛ جعل له الخيار ثلاثة أيام، إن رضي أخذ وإن سخط ترك»[١].

٢ـ ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع لأنه يمنع الملك، واللزوم وإطلاق التصرف، وإنما جاز لموضع الحاجة، فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث بدليل قوله تعالى: ﴿ **فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ** ﴾[٢]بعد قوله: ﴿ **فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ** ﴾[٣].

القول الثالث: لا تزيد المدة على ثلاثة أيام إلا بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام.هذا عند الإطلاق، ويجوز اشتراط مدة تزيد على ذلك.

وهذا مذهب مالك[٤].

وحجته: الأدلة السابقة في مذهب أبي حنيفة والشافعي، والحاجة تقدر بقدرها.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وهو صحة الخيار إلى مدة معلومة طالت أو قصرت[٥].

وأيد هذا بما يلي:

---

(١) وخبر حبان خرجه الدارقطني رقم ٢١٦ـ٢٢٢ في البيوع جـ٣ ص ٥٤، وص٥٧.

(٢) بعض الآية ٦٥ من سورة هود.

(٣) بعض الآية ٦٤ من سورة هود.

(٤) انظر: بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٣، الكافي جـ٢ ص ٧٠١، ٧٠٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٣٤، شرح الحطاب جـ٤ ص ٣١٠.

(٥) انظر: العمدة ص ٢٢٨، والمقنع جـ٢ ص ٣٥، الكافي جـ٢ ص ٤٥، والمغني جـ٣ ص٤٩٨.

١ ـ الخيار حق يعتمد الشرط فيرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل.

٢ ـ رد أدلة مخالفيه فقال:

أ ـ ما ورد عن عمر لا يثبت فقد روي عن أنس خلافه[١].

قلت: ولو صح حمل على خيار الغبن. وما نحن فيه خيار الشرط مقيداً بمدة محددة وهو خلافه.

ب ـ تقدير مالك بالحاجة لا يصح. فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها وإنما يربط بمظنتها وهو الإقدام.

جـ ـ وقول القائل: إنه ينافي مقتضى البيع: لا يصح أيضًا. فإن مقتضى البيع نقل الملك، والخيار لا ينافيه، وإن سلمنا ذلك فنقول: متى خولف الأصل لمعنى في محل؛ وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى.

المبحث الرابع

خيار الغبن

(في مَنْ عرف بالاسترسال وعدم المماكسة)

معنى ثبوت خيار الغبن ـ أن للإنسان الذي لا يجيد المماكسة والمبايعة ـ

(١) أعل ابن قدامة حديث عمر في قصة حبان بن منقذ بالإرسال. وقال في التعليق المغني على الدارقطني جـ٣ ص ٥٤: تفرد به ابن لهيعة. وهذا نقلاً عن الطبراني في الأوسط.
قلت: هذه العلة تخص هذه الرواية أما حديث حبان: «لا خلابة» فصحيح الإسناد، وذكر الدارقطني رواية أخرى عن عمر فيها ابن لهيعة بلفظ: قال عمر لما استخلف: «أيها الناس إني نظرت فلم أجد لكم في بيوعكم شيئًا أمثل من العهدة التي جعلها رسول الله ﷺ لحبان ابن منقذ ـ ثلاثة أيام». وذلك في الرقيق جـ٣ ص ٥٧ رقم ٢٢٢.

الخيار إذا بان أنه غبن غبنًا فاحشًا في العادة.

وقد اختلف العلماء في إثبات خيار الغبن لمن هذه صفته أو من كان يجهل ما عليه البيع في الأسواق أو غرر به على قولين:

القــول الأول: ثبوت خيار الغبن لمن ظهر أنه غبن غبنًا فاحشًا يخرج عن العادة.

وهذا مذهب مالك [١] ، وأحمد [٢] .

القول الثاني: ليس له الخيار ويلزمه البيع.

وهذا مذهب أبي حنيفة [٣] ، والشافعي [٤] .

❐ اختيار ابن قدامة:

أثبت ابن قدامة خيار الغبن للمسترسل [٥] .

وعلله بأنه غبن حصل لجهله بالمبيع ، فيثبت له الخيار كما ثبت في حق الركبان على من تلقاهم فغبنهم.

ورد على مخالفيه بأن المسترسل ليس كغيره، فغيره دخل على بصيرة بالغبن فهو كالذي يشتري سلعة ويعلم عيبها، فهو مبني على تقصيره

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٩ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٤٩ ، شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٦٨ .

(٢) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٩٨ ، والمحرر جـ١ ص ٣٢٩ ، والإنصاف جـ٤ ص ٣٩٦ ، وكشاف القناع جـ٣ ص ٢١١ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٤٢ . وانظر: البداية مع الهداية جـ٣ ص ٣٣ .

(٤) انظر: المجموع جـ١١ ص ٥٠٥ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٧٥ .

(٥) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٩٨ ، والمقنع جـ٢ ص ٤١ .

وتفريطه، والمسترسل ليس كذلك فيثبت له حكم الخيار.

وخيار الغبن في حق المسترسل يثبت بما تعارف عليه الناس أنه غبن لعدم ورود الشرع بالتحديد، فيرجع إلى العرف.

ولم يذكر ابن قدامة حجة على غبن المسترسل، وقد وجدت حديثًا عن رسول الله ﷺ بلفظ: «**غبن المسترسل ربا**». وهو مروي من طريقين كما في البيهقي وسكت عليهما[١].

وأورد حديثًا آخر عن مكحول عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «**من استرسل إلى مؤمن فغبنه كان غبنه ذلك ربا**». وضعفه البيهقي[٢].

وبالجملة فإثبات خيار الغبن الفاحش لمن يتصور غبنه تثبته أصول الشريعة العامة وقواعدها المثلى مثل قاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**».

المبحث الخامس

حكم إرث حق الخيار

وذلك إذا مات من له الخيار في مدته المحددة فهل يورث ذلك عنه؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: حق الخيار لا يورث.

---

(١) انظر: السنن الكبرى في البيوع باب ما ورد في غبن المسترسل جـ٥ ص ٣٤٩.

(٢) المرجع السابق وقد بين أن في سنده موسى بن عمير القرشي، وقد تكلموا فيه وقالوا: عامة ما يرويه لا يتابعه الثقات عليه.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١] ، وأحمد[٢] .

القول الثاني: لا يبطل بموته وينتقل إلى ورثته.

وهذا مذهب مالك[٣] ، والشافعي[٤] .

وحجتهما: أنه حق مالي فينتقل إلى الوارث كحق الرد بالعيب والفسخ بالتحالف بين المتخاصمين.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول وهو سقوط الخيار بموت صاحبه وعدم جواز إرثه عنه[٥] .

وحجته: أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة.

ولأنه لا يعلم إلا من جهته، اللهم إلا إذا طالب بالفسخ قبل موته.

قلت: ولا يخفى قوة ما ذهب إليه مالك والشافعي، فالخيار حق مالي أشبه

---

(١) شرح فتح القدير جـ٥ ص ٥١٤، ٥١٥، ٥٤٤، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٨١، البحر الرائق جـ٦ ص ١٩، ٣٦، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٣٠٥.

(٢) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٩٤، والإنصاف جـ٤ ص ٣٩٣، وكشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٠، والمحرر جـ١ ص ٢٧٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٣٧، شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٢١.

(٤) حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٣٤٣، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١١، المجموع جـ٩ ص ١٩٤.

(٥) انظر: المغني جـ٣ ص ٤٩٤، والكافي جـ٢ ص ٥٢، والمقنع جـ٢ ص ٤٠، وفيه ما يدل على أنه يورث عنه.

سائر حقوقه المالية الأخرى. ويتقوى بما إذا طالب بالفسخ أو أوصى بذلك.

وقياس ابن قدامة حق الخيار على خيار الرجوع في الهبة مع الفارق فخيار الرجوع في الهبة يختص بالواهب.

أما خيار البيع فلا وجه لتخصيص العاقد به لعدم ما يمنع من انتقاله إلى وارثه. ثم قد يكون الخيار لمصلحة بعض الورثة ممن هم من القصر ويلزم أولياءهم النظر لهم بالمصلحة، والله أعلم.

* * *



الباب الثاني

الربـــا



الباب الثاني
الربا

وفيه عشرة فصول:

الفصل الأول
تعريفه ودليل النهي عنه

تعريفه: في اللغة هو الزيادة. ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾(١). أي نمت وزادت.

وقوله تعالى: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾(٢). والمعنى: أكثر عدداً.

قال الفيروز آبادي: ربا يربو ربواً كعلوٍ، وربا زاد ونمى والربا بالكسر العينة(٣).

وفي الاصطلاح الشرعي: عرفه ابن قدامة: بأنه الزيادة في أشياء مخصوصة(٤).

وعرفه غيره فقال الرملي هو: عقد على عوض مخصوص غير معلوم

(١) سورة الحج الآية ٥.

(٢) سورة النحل الآية ٩٢.

(٣) القاموس المحيط جـ٤ ص ٣٣٣، ٣٣٤. باب الواو فصل الراء.

(٤) المغني جـ٤ ص٢.

التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما[١] .

وعرفه في البحر الرائق بقوله: فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال[٢] .

وهذا في نظري أنه أقرب إلى الدقة مع أن التعاريف السابقة حول المعنى .

وأدلة النهي عنه: كتاب الله ، وسنة رسوله ﷺ ، وإجماع الأمة .

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [٣] الآية .

٢ ـ وقال تعالى: ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴾ [٤] .

٣ ـ وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾[٥] .

٤ ـ وقال تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴾ [٦] .

٥ ـ وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ﴾[٧] .

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ٣ ص ٤٠٩ .
(٢) البحر الرائق جـ٦ ص ١٣٥ .
(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
(٤) سورة البقرة الآية ٢٧٦ .
(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٨ .
(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
(٧) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

ب ـ السنة:

١ ـ قوله ﷺ : « **اجتنبوا السبع الموبقات** ، قيل : يا رسول الله ما هي؟ قال : **الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات**»[١] .

٢ ـ وفي الحديث : « أن رسول الله ﷺ لعن آكل الربا وموكله ، وشاهديه ، وكاتبه»[٢] .

جـ ـ الإجماع:

وقد أجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة ، وإن وقع الخلاف في بعض الصور لكنهم مجمعون على تحريمه في الجملة[٣] .

د ـ العقل:

والعقل السليم يرفض الربا ولا يقبله إذ هو استغلال للفقير ومص دماء الضعفاء ، وهو سبب لتراكم الديون وجعل المجتمع طبقتين إحداهما ثرية ثراء فاحشًا وقلوبًا مملوءة بالطمع والجشع ، والأخرى فقيرة مملوءة قلوبهم بالحقد . فينشأ الصراع بين هاتين الطبقتين . وقد استغلت الماركسية هذا الجانب وفي غياب الوازع الإيماني أنشأت نظريتها المعروفة ـ حتى اكتسحت كثيراً من بلاد

---

(١) متفق عليه : انظر : اللؤلؤ والمرجان رقم ٥٦ جـ١ ص ١٧ في الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها .

(٢) رواه مسلم رقم ١٥٩٧ في المساقاة باب لعن آكل الربا وموكله ، ورواه أيضًا الترمذي وأبو داود ، انظر : جامع الأصول رقم ٣٦٨ في الربا في ذمه وذم آكله وموكله جـ١ ص ٥٤٢ ، وبين في الحاشية أسماء الكتب والأبواب . وقال ابن الأشرف : «وشاهديه وكاتبه» من رواية الترمذي وأبي داود دون مسلم .

(٣) المغني جـ٤ ص ٣ ، الإفصاح جـ١ ص ٣٢٦ .

الرأسماليين .

ثم إن سبب تحريم الربا لما فيه من المفسدة والضرر والاستغلال ، وكلها معان يدور عليها التحريم ؛ فلا يحل قليله ولا كثيره لا بين مسلم ومسلم ولا بين مسلم وغيره .

فالربا كله حرام بجميع صوره وأشكاله ؛ لأنه معصية لله تعالى وتعد على حقوق العباد ، وسبب لمحق البركة وحلول غضب الله تعالى . نسأل الله أن يعافي أمة الإسلام مما وقعت فيه .

* * *

الفصل الثاني

أنواع الربا

الربا نوعان: ١ ـ ربا النسيئة. ٢ ـ ربا الفضل.

النوع الأول: ربا النسيئة. والمراد بالنساء: التأخير وهو المشهور في الجاهلية.

وحكمه التحريم بالإجماع بين سلف الأمة وخلفها.

النوع الثاني: ربا الفضل، والفضل: الزيادة.

واصطلاحًا هو: بيع الشيء بجنسه متفاضلاً مما ورد فيه نهي أو ما ألحق به.

والخلاف فيه على قولين:

القول الأول: يدخل ربا الفضل في التحريم فيما ورد النهي فيه عن بيعه متفاضلاً ولا يقتصر على النساء.

وهذا مذهب مالك[1]، وأبي حنيفة[2]، والشافعي[3]، وأحمد[4].

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٤٠، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٠، الكافي جـ٢ ص ٦٣٥، الدسوقي جـ٣ ص ٢٥.

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١٠٦، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٦٨، شرح فتح القدير جـ٥ ص ٢٧٤، المبسوط جـ١٤ ص٥.

(٣) الأم جـ٣ ص ١٢، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤١٠، المجموع جـ٩ ص ٣٩٢.

(٤) المغني جـ٤ ص ٣، الإنصاف جـ٥ ص ١١، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥١، والمحرر جـ١ ص٣١٨.

وأهل الظاهر [١] .

القول الثاني: لا ربا إلا في النسيئة.

وهذا لم يقل به من الفقهاء أحد فيما علمت وقد نسب لبعض الصحابة حيث: روي عن ابن عباس، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم، وابن الزبير [٢] . رضي الله عنهم أجمعين.

واحتجوا بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ : «**لا ربا إلا في النسيئة**»، وفي رواية: «**إنما الربا في النسيئة**» [٣] .

٢ ـ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان لا يرى بالصرف بأسًا [٤] .

اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى قول الجمهور من دخول ربا الفضل في التحريم كالنسيئة وهو موافق للمذهب، ولقول الجماهير من أهل العلم قديمًا وحديثًا [٥] .

وأيد هذا بالأدلة التالية:

---

(١) المحلى جـ٨ ص ٤٦٧ .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣ .

(٣) رواه البخاري رقم ٢١٧٨، ٢١٧٩، في البيوع باب بيع الدينار بالدينار نساءً. انظر: فتح الباري جـ٤ ص ٣٨١، ومسلم رقم ١٥٩٦ في المساقاة، وباب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٤) خرجه البيهقي في البيوع باب من قال الربا في النسيئة جـ٥ ص ٢٨٠ .

(٥) راجع: العمدة ص ٢٢٠، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ٦٤، الكافي جـ٢ ص ٥٢، ٥٣، المغني جـ٤ ص ٣، ٤ .

١ ـ حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائبًا بناجز**»[١].

٢ ـ وعنه أيضًا قال: «جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي ﷺ بتمر برني، فقال له النبي ﷺ: **من أين هذا يا بلال**؟ قال: كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: **أوه! عين الربا، لا تفعل، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر، ثم اشتر به**»[٢].

ورد على دليل أهل القول الثاني: «**لا ربا إلا في النسيئة**» ـ بأنه محمول على الجنسين. أو أن الربا الأغلب أنه كان على تلك الصفة ـ أي في النسيئة؛ لأن أهل الجاهلية كانوا يقولون عند حلول الأجل: إما أن تقضي وإما أن تربي.

قال: وقد رجع ابن عباس رضي الله عنهما إلى قول الجمهور، وهو الذي اشتهر عنه أكثر من غيره. قال الشعبي: حدثني بضعة عشر نفر من أصحاب ابن عباس الخبر فالخبر أنه رجع عن فتواه فقال: الفضل حرام[٣].

قلت: وإباحة الصرف جاءت في نصوص ثابتة وليست من الربا إلا إذا كان

---

(١) تشفوا: أي تزيدوا وتفاضلوا بعضها على بعض. والورق: الفضة.
والحديث متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ٢٠٢١ في المساقاة باب الربا جـ٢ ص ١٥٠.

(٢) التمر البرني: نوع جيد معروف من التمر ولازال يسمى بهذا الاسم إلى الآن، وهذا اللفظ برني ـ معرب وأصله (برنيك) أي الحمل الجيد
والحديث متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٢٤ باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٣) المبسوط جـ١٤ ص ٦.

نساءً. وإذا اختلفت الأصناف جازت الزيادة بشرط الحلول والتقابض، ثم إن الصرف حاجة للإنسان، والصراف بحاجة إلى أخذ شيء مقابل حبس نفسه على الصرف. وكان علماء السلف يكرهون الاشتغال به.

* * *

الفصل الثالث

بيان ما يدخل فيه ربا الفضل

اتفق الفقهاء على دخول الأشياء الستة التي جاءت في السنة - في حكم ربا الفضل وهي: الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، والتمر بالتمر.

فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم**»[1].

ولا خلاف بين علماء المسلمين على أن هذه الأصناف الستة لا يجوز بيع واحد منها بجنسه متفاضلاً.

واختلف فيما عدا ذلك مما تجمعه مع هذه الأصناف علة واحدة - كالأرز، والسكر، والذرة، والدخن، وغيرها - على قولين:

القـــول الأول: كل صنف تشمله علة التحريم يجري فيه ربا الفضل ولا معنى للتخصيص بهذه الأصناف الستة.

(١) خرجه البيهقي في البيوع باب جواز التفاضل في الجنسين جـ٥ ص ٢٨٢.

وهذا مذهب مالك[١] ، وأبي حنيفة[٢] ، والشافعي[٣] ، وأحمد[٤] .

القول الثاني: لا يدخل ربا الفضل المستحق للتحريم إلا في الأصناف المذكورة في النص وهي الستة السابق ذكرها .

وهذا مذهب أهل الظاهر[٥] . وهذا القول منسوب لطاوس ، وقتادة ، وعثمان البتى ، وأبي سليمان[٦] .

وحجتهم : قوله تعالى : ﴿ **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾[٧] .

وقد قال تعالى : ﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾[٨] ؛ فصح أن ما فصل لنا بيانه على لسان رسول الله ﷺ من الربا أو من الحرام فهو ربا وحرام ، وما لم يفصل لنا ولا بينه رسول الله ﷺ فهو حلال .

ويرد على القائلين بالقياس بإبطاله جملة وتفصيلاً .

قال ابن حزم : وأعظم تناقض وقع فيه القائلون بالقياس اختلافهم في

---

(١) حاشية الدسوقي جـ٣ ص ٢٥ ، الكافي جـ٢ ص ٤٤٦ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٧ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٤١ .

(٢) شرح فتح القدير جـ٥ ص ٢٧٤ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٧٤ ، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١٠٦ .

(٣) المجموع جـ٩ ص ٣٩٤ ، الأم جـ٣ ص ١٣ ، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

(٤) المغني جـ٤ ص ٤ ، والإنصاف جـ٥ ص ١٢ ، والمحرر جـ١ ص ٣٠٩ ، ٣٢٠ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥٢ .

(٥) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤٦٨ .

(٦) راجع : المحلى جـ٨ ص ٤٦٨ ، والمغني لابن قدامة جـ٤ ص ٤ .

(٧) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٨) سورة الأنعام الآية ١١٩ .

العلة أيما اختلاف.

بل تشدد غفر الله له في الرد على القول بأن العلة أن الشارع ذكر أعلى القوت وهو البر، وأدونه وهو الملح؛ ليدل على أن الربا يجري فيما بين ذلك. حتى قال: وهذا كذب على النبي ﷺ مجرد بلا كلفة، وما تدري كيف ينشرح صدر مسلم لإطلاق مثل هذا على الله تعالى وعلى رسوله ﷺ [١].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٢] وهو ما عليه جمهور أهل العلم، وهو موافق لمذهب أمامه وللأئمة الثلاثة الآخرين ولقول عامة أهل العلم والفقه في الدين.

وأيد ذلك بالأدلة التالية:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٣].

والربا: الزيادة. وهي متحققة فيما عدا هذه الأصناف مما يشركها في علة التحريم.

٢ - القياس: وهو دليل شرعي يعمل به عند خلو الموقف من نص.

٣ - ثم إن الأصل في أحكام الشرع أنها معللة، والمدار على تحقق وجود العلة فالحكم يدور معها وجودًا وعدمًا.

قلت: وتحامل ابن حزم غير صحيح؛ إذ قد ورد في بعض نصوص الحديث

---

(١) المحلى جـ٨ ص ٤٦٠.

(٢) العمدة ص ٢٢٠، والمقنع جـ٢ ص ٦٥، والكافي جـ٢ ص ٥٣، والمغني جـ٤ ص ٤، ٥.

(٣) سورة البقرة جزء الآية ٢٧٥.

السابق الذكر للأصناف: « **الطعام بالطعام** »[١]، ويدخل تحته البر وغير البر وإن كان غالبًا فيه.

بل إن اليوم يغلب الأرز في بعض المناطق على البر بأن يكون هو الأكل الرئيسي، ونجد الذرة والدخن أكلة رئيسة في بعض البلدان الأخرى، وهكذا. والاختلاف في العلة اختلاف فهم سائغ لا يؤدي إلى بطلان القياس دليلاً عند عدم النص، ولو تتبعنا ما ذكره ابن حزم لوجدناه يقيس من حيث يدري أو لايدري.

* * *

(١) جزء من حديث معمر رواه مسلم رقم ١٥٩٢ في المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل جـ٣ ص١٢١٤.

الفصل الرابع

علة تحريم ربا الفضل بين القائلين به

اتفق الفقهاء على أن علة الربا في الذهب والفضة واحدة، واتفقوا على أنها في الأصناف الأربعة واحدة، ثم اختلفوا في تحديدها على ثلاثة أقوال مشهورة:

القول الأول: علة الربا في الذهب والفضة كونهما موزوني جنس، وعلة تحريم الربا في الأعيان الأربعة كونها مكيل جنس.

وهذا مذهب أبي حنيفة(١). ويعبر أصحابه بأن علته القدر مع الجنس. واشتهر عن أحمد، ونقله عنه جماعة(٢). وبهذا قال: النخعي، والزهري، والثوري، وإسحاق(٣).

وأدلتهم كما يلي:

١ - ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف**

---

(١) البحر الرائق جـ٦ ص ١٣٧، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٤٧، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٧١، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١٠٦.

(٢) المغني جـ٤ ص ٦، الإنصاف جـ٥ ص ١١، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥١، المحرر جـ١ ص٣١٨.

(٣) المغني كما سبق.

عليكم الرماء ـ وهو الربا ـ فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: **لا بأس إذا كان يداً بيد**»[١] .

٢ ـ ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحدًا**»[٢] .

٣ ـ قول عمار فيما روي عنه: «العبد خير من العبدين، والثوب خير من الثوبين، فما كان يدًا بيد فلا بأس به، إنما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن»[٣] .

٤ ـ ولأن قضية البيع المساواة، والمؤثر في تحقيقها الكيل والجنس، فإن الكيل والوزن يسوي بينهما صورة، والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة .

ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة؛ فإنه جائز إذا تساوتا كيلاً .

القول الثاني: العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس .

وهذا مذهب مالك، وربما زاد صفة على الطعم وهو الادخار، أو صفتين: الادخار والاقتيات[٤] . وربما خصصها بالاقتيات أو ما يصلح به القوت .

---

(١) مسند الإمام أحمد مع الفتح الرباني جـ١٥ ص ٧٣، ٧٤ في الربا باب الأصناف التي يوجد فيها الربا .

(٢) رواه الدارقطني رقم ٥٨ في البيوع جـ٣ ص ١٨، والربيع بن صبيح وثقه أبو زرعة، وضعفه جماعة .

(٣) ذكره في المغني جـ٤ ص ٦ .

(٤) شرح الحطاب جـ٤ ص ٣٤٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٧، بداية المجتهد جـ٢ ص ١١٣، الكافي جـ٢ ص ٦٤٦ .

ومذهب الشافعي في الجديد[١] إلا أنه قال: العلة الطعم والجنس شرط، والعلة في الذهب والفضة: جوهرية الثمنية غالبًا فيختص بالذهب والفضة. وهذه رواية ثانية نقلها جماعة عن أحمد[٢].

وحجة أصحاب هذا القول:

١ ـ ما روى معمر بن عبد الله: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل»[٣].

٢ ـ ولأن الطعم وصف شرف؛ إذ به قوام الأبدان والثمنية وصف شرف؛ إذ بها قوام الأموال؛ فيقتضي التعليل بهما.

٣ ـ ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات، لأن أحد وصفي العلة في ربا الفضل يكفي في تحريم النساء.

القول الثالث: العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس ـ مكيلاً أو موزونًا. فيجري في كل مطعوم يكال أو يوزن، ولا يدخل المعدود ولا ما يباع جزافًا، ولا ما يكال أو يوزن وهو ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحو ذلك.

وهذا قديم قول الشافعي[٤]. وهو يروى عن سعيد بن المسيب[٥]. وهو رواية ثالثة في مذهب أحمد[٦].

---

(١) راجع: الأم جـ٣ ص ١٣، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٢٨، تكملة المجموع للسبكي جـ١٠ ص ٧٩، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٢٧٦.
(٢) المراجع السابقة في مذهب أحمدص٩٣.
(٣) خرجه مسلم في صحيحه كما سبق تخريجه ورقمه في مسلم ١٥٩٢ جـ٣ ص ١٢١٤.
(٤) المراجع السابقة في مذهب الشافعي.
(٥) المغني جـ٤ ص ٦.
(٦) الإنصاف جـ٥ ص١١.

وحجة أصحاب هذا القول:

١ ـ ما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا ربا إلا في ذهب أو فضة، أو فيما يكال أو يوزن ويؤكل أو يشرب**»[١].

٢ ـ ولأنه لكل واحد من هذه الأوصاف أثرًا، والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه؛ فلا يجوز حذفه.

٣ ـ ولأن الكيل، والوزن، والجنس، لا تقتضي وجوب المماثلة وإنما أثرها في تحققها في العلة.

والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزنًا؛ فوجب أن يكون الطعم معتبرًا في المكيل والموزون دون غيرهما.

وما ورد في هذا الباب من نصوص يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر.

ثمرة الخلاف:

على القول الأول: يجري الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه، مطعومًا كان أو غيره، كالحبوب بأنواعها، والأشنان، والنورة، والقطن، والصوف، والكتان، والورس، والحناء، والعصفر، والحديد، والنحاس، ونحو ذلك.

ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن.

وعلى القول الثاني: يدخل كل مطعوم بيع بجنسه سواء يكال أو يوزن أو

(١) خرجه الدار قطني في سننه في البيوع رقم ٣٩ جـ٣ ص ١٤، وقال: الصحيح أنه من قول سعيد بن المسيب ومن رفعه فقد وهم. أهـ.
والرفع من وهم المبارك على مالك إلى النبي ﷺ، وإنما هو من قول سعيد بن المسيب، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فهو من مراسيله.

لا ، ويخرج ماعدا المطعومات كالحديد ، والصوف ، والقطن ، والنورة ، والأشنان ، والورس ، ونحو ذلك .

وعلى القول الثالث : يدخل الربا في كل مطعوم بيع بجنسه إذا كان مكيلاً أو موزوناً .

ولا يجري الربا في مطعوم لا يكال ، ولا يوزن ، كالتفاح ، والرمان ، والخوخ ، والبطيخ ، والكمثرى ، والأترج ، والسفرجل ، والإجاص ، والخيار ، والجوز ، والبيض .

هكذا قال ابن قدامة ، لكن الحال تغير فكل هذه الأصناف فيما عدا البيض تعتبر مطعوم جنس موزون؛ فتدخل على القول الثالث لكونها مطعوم جنس موزون . ولعل هذا هو الصواب إن شاء الله ، فكل الأصناف المذكورة مطعومة ، وهي إما مكيلة أو موزونة .

وأبطل أهل الظاهر كل علة بناء على أصلهم في منع القياس(١) .

❑ اختيار ابن قدامة:

اتخذ موقفًا وسطًا فقال(٢) :

١ ـ ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا ، كالأرز والدخن والذرة والقطنيات : كالحمص والعدس ، وكذا يدخل الدهن والخل واللبن واللحم ونحوه وهو قول الأكثر .

٢ـ ما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه ، كالتبن والنوى والقتّ والماء ونحو ذلك .

٣ ـ وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد فالأولى

(١) راجع : المحلى جـ٨ ص ٤٧١ ، ٤٧٢ .
(٢) المغني جـ٤ ص ٦ ، الكافي جـ٢ ص ٥٣ ، حاشية المقنع جـ٢ ص ٦٤ .

حله وخلوه من الربا إن شاء الله؛ إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به، ولا معنى يقوي التمسك به.

وأكثر النصوص في هذا متعارضة مما أوجب ضعفها، فوجب اضطراحها ورجع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة، والاعتبار.

ولا فرق بين ما يؤكل كالأرز، والذرة، والدخن، وما يتأدم به كالقطنيات، واللبن واللحم، وما يتفكه به كالثمار، وما يتداوى به.

وقد رد ابن قدامة على من قال:

١ ـ العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات [١]: بأنه منقوض بالحطب والإدام ولا ربا فيها عنده.

٢ ـ ورد على من قال: كل ما دخل في الزكويات دخله الربا وما لا فلا [٢]: بأنه ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة.

٣ ـ ورد على من قال الجنس الواحد علة [٣]: بقوله ﷺ في بيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل: «**لا بأس إذا كان يدًا بيد**» [٤]، وحديث جواز بيع العبد بالعبدين [٥].

* * *

---

(١) هو مالك رحمه الله.

(٢) وهذا قول: ربيعة شيخ مالك.

(٣) هو ابن سيرين.

(٤) سبق تخريجه وهو في المسند مع الفتح الرباني جـ١٥ ص ٧٤.

(٥) خرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، انظر: جامع الأصول رقم ٣٩٣ في الربا في الفرع الثاني في الحيوان جـ١٠ ص٥٦٦. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

الفصل الخامس

حكم بيع ربوي بربوي آخر من غير جنسه وشرط ذلك

المثال: بيع الحنطة بالشعير، والتمر بالحنطة، والذهب بالفضة، ونحو ذلك.

وحكمه الجواز بغير خلاف ولو كان متفاضلاً - حتى في الحنطة بالشعير لاختلافهما - في أرجح قولي أهل العلم.

ودليل الجواز قوله ﷺ: «**فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**»[1].

ومن هذا الجزء من الحديث: «**إذا كان يداً بيد**» وقع الخلاف في اشتراط الحلول والتقابض على قولين:

القول الأول: لابد من الحلول والتقابض، إلا إذا كان أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً فيجوز فيه السلم؛ كإسلام الذهب في الحديد وكلاهما موزون.

---

(١) خرجه مسلم والترمذي وأبو داود والنسائي، كما في جامع الأصول رقم ٣٧٨ جـ١ ص٥٥٢، وفي التعليق في ص٥٥٣ بيان أسماء الكتب والأبواب من كل كتاب فيه الحديث.

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] . ومذهب أهل الظاهر[٤] .

القول الثاني: لا يشترط ذلك .

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥] ، وفي بدائع الصنائع ما يفيد اشتراط الحلول لقوله بعد أن يكون يداً بيد . وفي البحر شرط التعيين دون التقابض في غير صرف .

وحجته القياس ، فقاس على غير الأموال الربوية ، وعلى ما إذا كان البيع بأحد النقدين ؛ فإنه لا يشترط التقابض في ذلك فكذلك في ربوي بآخر مع اختلاف الجنس واتحاد العلة .

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول[٦] . وهو موافق للمذهب .

وأيده بالأدلة التالية :

---

(١) شرح الحطاب جـ٤ ص ٣٤٥ وما بعدها ، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٨ ، الكافي جـ٢ ص ٦٤٧ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٢٢ .

(٢) الأم جـ٣ ص ١٣ ، المجموع تكملة السبكي جـ١٠ ص ٦٣ ، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٢٦ .

(٣) انظر : المغني جـ٤ ص ١٠ ، الإنصاف جـ٥ ص ١٦ ، المحرر جـ١ ص ٣١٩ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥١ .

(٤) المحلى جـ٨ ص ٤٩٠ .

(٥) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣١١٠ ، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٥٣ ، البحر الرائق جـ٦ ص١٤١ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٧٢ .

(٦) المغني جـ٤ ص ١٠ ، والكافي جـ٢ ص ٥٣ ، والمقنع جـ٢ ص ٦٦ وأطلق الجواز ، والعمدة ص٢٢٢ .

١ ـ قوله ﷺ : **«الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح الملح، مثلاً بمثل سواءً بسواء يدًا بيد. ثم قال: فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد»**[1].

فقد شرط التقابض بقوله: «**يدًا بيد**»، مع جواز التفاضل بين ربوي وآخر من غير جنسه.

٢ ـ ما رواه مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفًا بمائة دينار قال: ، فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني فأخذ يقلبها في يديه، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر رضي الله عنه يسمع ذلك. فقال: لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. قال رسول الله ﷺ: **«الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء»**[2] الحديث.

ومعنى **«إلا هاء وهاء»**: أي إلا هات وخذ. والمراد: التقابض يدًا بيد.

٣ ـ قوله ﷺ: « **لا بأس ببيع الذهب بالفضة، والفضة أكثرهما يدًا بيد، وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير، والشعير أكثرهما يدًا بيد، وأما النسيئة فلا**»[3].

---

(١) سبق تخريجه ص٩٩.

(٢) الحديث مخرج في البخاري، ومسلم، والموطأ، والترمذي، وأبي داود، والنسائي. انظر: جامع الأصول لابن الأثير رقم ٣٨٢ الفصل الثاني من الربا جـ١ ص ٥٤٤ وفي ص ٥٤٥ بيان أسماء الكتب والأبواب في الحاشية. تحقيق عبد القادر الأرناؤوط.

(٣) متفق عليه من حديث أبي بكرة: انظر: البخاري في البيوع باب بيع الذهب بالورق يدًا بيد، وباب بيع الذهب بالذهب، ومسلم رقم١٥٩٠ في المساقاة باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينًا، والنسائي جـ٧ ص ٢٨٠ وص ٢٨١ في البيوع باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة.

فهذه النصوص يشهد بعضها لبعض ويؤيده، وكلها تؤيد صحة بيع الربوي بمثله مع اختلاف الجنس بشرط التقابض. ويفهم منها حرمة التفرق قبل التقابض. ولا قياس مع النص.

* * *

الفصل السادس

بيع الرطب باليابس من جنسه مما يجري فيه الربا

كالعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة، والرطب من البلح بالتمر إلا العرايا بشروطها ويأتي ذلك في مبحث تال لهذه المسألة مفصلاً إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الرطب باليابس من جنسه مما يجري فيه الربا على قولين:

القول الأول: يحرم.

وهذا مذهب مالك[(١)]، والشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)]، ومحمد بن الحسن، وأبي يوسف[(٤)]، وهو قول أهل الظاهر[(٥)]. وهو قول سعد بن أبي وقاص، وسعيد بن المسيب، والليث، وإسحاق، وهو قول الجماهير[(٦)].

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٢١، الكافي جـ٢ ص ٦٤٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٢٠، شرح الحطاب جـ٤ ص ٣٥٧.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١٠ ص ٢٦٨، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٣٤، الأم جـ٣ ص ٢١، حواشي تحفة المحتاج جـ٤ ص ٢٨١.

(٣) المغني جـ٤ ص ١٢، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥٦، المحرر جـ١ ص ٣٢٠، الإنصاف جـ٥ ص ٣٠.

(٤) راجع: بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١١٧، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٦٨، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٨١، والبحر الرائق جـ٦ ص ١٤٣.

(٥) المحلى جـ٨ ص ٤٥٩.

(٦) المغني كما سبق.

القول الثاني: يجوز.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١].

وحجته: أن الرطب باليابس لا يخلو إما أن يكون من جنسه فيجوز لحديث: «**التمر بالتمر مثلاً بمثل**»، وإما أن يكون من غير جنسه فيجوز لقوله ﷺ: «**فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم**»[٢].

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول ـ وهو التحريم ـ وهذا موافق لمذهب إمامه[٣].

وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ: «**لا تبيعوا التمر بالتمر**»، وفي لفظ: «**نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا**»[٤].

٢ ـ وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: «**أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر. فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهاه عن ذلك**». وفي رواية فقال: «**فلا إذن**»[٥].

---

(١) راجع: بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١١٧، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٦٨، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٨١، والبحر الرائق جـ٦ ص ١٤٤.

(٢) تقدم ص ٩٩ وهو صحيح.

(٣) المغني جـ٤ ص ١٠، الكافي جـ٢ ص ٦٣، المقنع جـ٢ ص ٦٨، العمدة ص ٢٢٣.

(٤) رواه البخاري رقم ٢١٨٣، ٢١٨٤ في البيوع باب بيع المزابنة. راجع البخاري مع فتح الباري جـ٤ ص ٣٨٣، ٣٨٤.

(٥) رواه مالك في الموطأ، وأبو داود، والترمذي، والنسائي، انظر: جامع الأصول رقم ٣٩٢ في الربا في المكيل والموزون جـ١ ص ٥٦٤، ٥٦٥.

٣ ـ ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة. والمزابنة: بيع الرطب بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً»(١).

٤ ـ ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان، فلم يجز.

وقياس ما نحن فيه على بيع الحديث بالعتيق لا يلزم لأن التفاوت يسير، كما رد ابن قدامة على اعتراض ورد على ابن عياش الوارد في سند حديث سعد بأنه ضعيف ـ قال: ليس الأمر كذلك فهو مولى بني زهرة وجاء ذكره في الموطأ، ومالك لا يروي عن متروك الحديث.

* * *

(١) انظر: الموطأ رقم ١٣١٣ في البيوع باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة ص ٣٢٩ ـ ٤٣٠ رواية يحيى الليثي.



الفصل السابع

العرايا

المبحث الأول

تعريفها والمراد بها هنا

العرايا: جمع عَرِّيه وهي في اللغة: من عراه يعروه: إذا غشيه طالبًا معروفه كاعتراه[١] .

وفي الاصطلاح: بيع النخلة رطبًا بخرصها إذا يبست تمرًا لمن يحتاجه، في مقدار محدد شرعًا . واختلف في تفسير المراد بالعرايا الوارد ذكرها في الحديث .

فتفسير أحمد رحمه الله لها: بأن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة، فللمعرى أن يبيعها ممن شاء .

وتفسير ذلك أن يعرى الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى؛ لأنه ربما كان مع أهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه؛ فيجوز أن يشتريها منه بخرصها تمرًا[٢] .

---

(١) القاموس المحيط في فصل العين باب الواو والياء جـ٤ ص ٣٦٣ .

(٢) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص٤٤ .

وأيًا ما كان فالمعنى موجود في كلا التعريفين. وإن كان الباعث الأصلي على العرايا الحاجة إلى الرطب.

المبحث الثاني

حكم بيع العرايا

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: بيع العرايا رخصة من الشارع الكريم.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. وعلى هذا الجمهور من أهل العلم[٤].

القول الثاني: لا يجوز.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥]. وحجته:

---

(١) الكافي جـ٢ ص ٦٥٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٩٠، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٠٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦١.

(٢) الأم جـ٣ ص ٢١، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٣٥، تكملة السبكي للمجموع جـ١٠ ص ٢٧١.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٤٥، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٥٨، الإنصاف جـ ٥ ص ٢٩، ٣٠، والمحرر جـ١ ص ٣٢٠.

(٤) المغني كما سبق.

(٥) شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٦٨، ١٦٩، البحر الرائق جـ٦ ص ١٤٤، ١٤٥، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٨١.

١ ـ لأنه ﷺ «نهى عن بيع المزابنة، والمزابنة بيع التمر بالتمر»[١] .

٢ ـ القياس، فهو يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما، فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض، أو فيما زاد على خمسة أوسق .

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وهو الجواز بشروطه المعتبرة ـ وهذا موافق لمذهب إمامه[٢] .

واحتج لهذا بما يلي :

١ ـ ما روى أبو هريرة رضي الله عنه : «أن النبي ﷺ رخص في العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق»[٣] .

٢ ـ حديث : « نهى النبي ﷺ عن المزابنة ـ وهي بيع الثمر بالتمر ـ إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم»[٤] . وهذه زيادة من ثقة فيجب

---

(١) متفق عليه : اللؤلؤ والمرجان رقم ٩٩٥ في البيوع باب كراء الأرض جـ٢ ص ١٤١، وهو في البخاري في البيوع باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر .

(٢) راجع : المغني جـ٤ ص ٤٥ ـ ٤٧، الكافي جـ٢ ص ٦٤، المقنع جـ٢ ص ٧٠، العمدة ص٢٢٤ .

(٣) متفق عليه : رواه البخاري رقم : ٢١٩ في باب بيع الثمر على رؤوس النخيل كما في الفتح جـ٤ ص ٣٨٧، ومسلم رقم ١٥٤١ في البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا العرايا .

(٤) رواه مسلم رقم ١٥٤٠ من حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة جـ٣ ص ١١٧٠، ١١٧١ .

الأخذ بها.

قال ابن قدامة: لا تعارض بين الحديثين [(١)] ، ولو قدر التعارض وجب تقديم حديثنا لخصوصه ، جمعًا بين الحديثين وعملاً بكلا النصين.

وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا، وطاعة رسول الله ﷺ أولى [(٢)] .

وقياسهم: غير وراد مع النص.

قلت: وفي المسألة السابقة أجاز أبو حنيفة بيع الرطب باليابس من جنسه كيلاً مع أن التفاوت موجود لنقص الرطب إذا يبس، ويمنع هنا مع أن التقدير وهو الخرص ممكن من أهل الخبرة، والنص جاء بالمسامحة فاستثنى العرايا من أجل دفع حاجة المحتاج.

وفي نظري اندفاع تلك الحاجة اليوم، وذلك بأن يبيع صاحب التمر تمره ويشتري به رطبًا أو نخلاً عليه رطب ويأكل منه، ولا يكون بيع تمر بتمر بالخرص. لكن إن اضطر إلى ذلك فقد رخص له الشارع الكريم بقيود معينة. منها:

١ ـ أن تكون في خمسة أوسق فما دون ولا تجوز فيما زاد على لك.

٢ ـ أن يكون المعرى محتاجًا إلى أكل الرطب في أظهر قولي أهل العلم.

---

(١) المراد حديث أبي هريرة الذي فيه الجواز وحديث أبي سعيد الخدري الدال على المنع.
(٢) المغني جـ٤ ص ٤٥، وانظر: الإجماع لابن المنذر ص١١٥.

٣ ـ ويشترط التقابض.

كما أنه لا يشترط أن تكون مهداة خلافًا لمالك؛ لعدم الدليل على ذلك[١].

والله أعلم.

* * *

(١) راجع: المغني لابن قدامة من ص ٤٥ ـ ٤٩.



الفصل الثامن

حكم عَجِّل وأضع - وهو بيع الحلول

صورة هذه المسألة: أن يكون لشخص ألف على آخر مؤجلة إلى سنة، فإذا ذهب منها ستة أشهر احتاج صاحب الحق فقال للمدين: عجل ما عندك وأضع عنك بعضه. فما حكم هذه المسألة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يجوز مثل هذا مطلقًا.

هذا مذهب الأئمة الأربعة مالك[١]، وأبو حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد في المشهور عنه[٤]. وهو مروي عن زيد بن ثابت، وابن عمر، والمقداد بن الأسود[٥]، رضي الله عنهم أجمعين. وهو قول: سعيد بن المسيب، وسالم، والحسن، وحماد، والحكم والثوري، وهشيم، وابن علية، وإسحاق، رحمه الله تعالى[٦].

القول الثاني: يجوز هذا.

وهو ما يفهم من كلام الشافعي[٧]. وهو مروي عن ابن عباس

---

(١) الموطأ رقم ١٣٦٥، ١٣٦٦ في البيوع باب ما جاء في الربا في الدين.

(٢) الهداية جـ٣ ص ١٩٧.

(٣) الأم جـ٣ ص ٢٨.

(٤) المغني جـ٤ ص ٣٩.

(٥)، (٦) راجع المغني كما سبقت الإشارة إليه.

(٧) الأم كما سبق.

رضي الله عنهما. وبه قال النخعي، وأبو ثور[١].

وحجة من قال بالجواز:

١ ـ أنه آخذ لبعض حقه تارك لبعضه فجاز، كما لو كان الدين حالاً.

٢ ـ ولأنه يجوز أن يعجل المكاتب لسيده ويضع بعض كتابته.

ولعل مما يحتج لهم به ما روي في قصة اليهود الذين أجلاهم رسول الله ﷺ عن المدينة فتعذروا بأن لهم ديونًا على بعض أهل المدينة لم تحل فقال: «**ضعوا وتعجلوا**»[٢].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٣] وهو التحريم، وفي هذا يوافق مذهب إمامه وجمهور العلماء.

وانتصر له بما يلي:

١ ـ أن هذا بيع الحلول ولا يجوز، فهو كما لو زاده الذي له الدين فقال: أعطيك عشرة دراهم وتعجل لي المائة التي عليك.

٢ ـ رد القياس الذي استدلوا به فقال:

---

(١) راجع المغني كما سبقت الإشارة إليه.

(٢) رواه الدارقطني في البيوع حديث ١٩٠ وما بعده، وضعفه باضطراب مسلم بن خالد وهو سيئ الحفظ. السنن جـ٤ ص ٤٦.

(٣) المغني كما سبق.

أ ـ هو مع الفارق فإن معاملة المكاتب مع سيده من باب بيع بعض ماله ببعض فتدخل فيه المسامحة .

ب ـ ولأنه سبب للعتق فسومح فيه ؛ لأن الإسلام يتشوف إلى الحرية .

٣ ـ عدم ثبوت النص الذي رواه الدارقطني[١] .

* * *

(١) قلت : لكن كثرة طرقه تقوي صحة معناه ، وليس من دليل يمنع الوضع مع التعجل ، كما أن من استسلف شيئاً وقضى خيراً منه فإنه يجوز وله أجر إذا كان ذلك من غير شرط سابق . وتركه أولى خروجًا من خلاف من خالف ، ولشبهة الربا واستغلال حاجة المحتاج .



الفصل التاسع

العِينة

حقيقتها: أن يبيع ما اشتراه بثمن مؤجل على بائعه بأقل مما اشتراه به - توصلاً إلى الثمن.

والصورة التي توضحها هي: أن يشتري شخص سلعة بألف مؤجلة ثم يبيعها على بائعها الأول بثمانمائة حالاً، وغرضه الأصلي الحصول على ثمانمائة ولو كانت بألف، لكن تهربًا من صورة الربا المباشر جعل السلعة كمحلل يجيز له التعامل، فوصل إلى أخذ ثمانمائة حالة بألف مؤجلة. وهذه حيلة بلا شك.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: هي حرام.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، وأحمد[٣].

---

(١) شرح الحطاب جـ٤ ص ٤٠٤، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ٣٣، الكافي جـ٢ ص ٦٦١.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٣٢٥، مختصر الطحاوي ص٨٢.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ١٣٢، الإنصاف جـ٤ ص ٣٣٦، كشاف القناع جـ٣ ص ١٨٥، المحرر جـ١ ص ٣٢١.

وهو مروي عن ابن عباس، وعائشة رضي الله عنهم. وهو قول الحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وأبي الزناد، وربيعة، والثوري، والأوزاعي، واسحاق[1]. وحجتهم:

١ ـ ما روى غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت: دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بستمائةدرهم، فقالت لها: بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت ـ أي بئس بالبيع والشراء ـ أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب»[2].

ولا تقل عائشة مثل هذا التغليظ إلا لعلمها عن رسول الله ﷺ بحرمة التعامل بالعينة، وهذه هي صورتها.

٢ ـ ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم بأذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد ـ سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»**[3].

٣ ـ قول ابن عباس في مثل هذه الصورة: أرى مائة بخمسين بينهما حريرة

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) رواه الدارقطني في البيوع رقم ٢١٢ جـ٣ ص ٥٢، والبيهقي في البيوع جـ٥ ص٣٣٠ باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل.

(٣) رواه أبو داود رقم ٣٤٦٢ في البيوع والإجارات باب في النهي عن العينة جـ٣ ص ٧٤٠ تحقيق الدعاس. وذكره الشيخ الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٥١ جـ٢ ص ٦٦٢.

- أي توسطا بها[١] . فجعلا الخرقة بينهما .

القول الثاني: تجوز العينة .

وهذا مذهب الشافعي[٢] . وهو مبني على جواز الحيلة عنده في باب الربا .

وقاس صحة البيع في العينة على صحته لو باعه من غير بائعه فما الفرق؟

ولعله حمل الأثر إن صح عنده على الكراهة .

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول القائل بتحريم العينة موافقًا بذلك مذهب إمامه[٣] .

وأيد ذلك بما سبق من النصوص .

وزاد: أن هذا البيع يوصل إلى الربا وهو ذريعة يتوصل بها إلى المحرم . والشريعة جاءت بسد الذرائع وتقديمه على جلب المصالح .

أما الشافعي فلعله لم تصح عنده الآثار ، أو لم يرأنها صريحة في الموضوع . وصحت عند غيره .

قلت: وعند التحقيق نجد أن تعليل الشافعي صحيح فإذا جاز بيع السلعة من غير بائعها الأول صحت فلم لا تصح منه؟

---

(١) ذكره في المغني جـ٤ ص ١٣٢

(٢) الأم جـ٣ ص ٣٤، المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ٢٤٩ .

(٣) المغني جـ٤ ص ١٣٣ ، الكافي جـ٢ ص ٢٥ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ٢٤ ، ٢٥ .

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الباعة الذين يستعملون مثل هذه الطريقة وكذا المشترين ـ هدفهم التوصل إلى بيع الألف بثمانمائة، وإنما جعلوا السلعة كمحلل. فالنية مبيتة لبيع الأقل بالأكثر من النقود .

لكن لو اتفق أن شخصًا لا يقصد هذا إطلاقًا لا البائع ولا المشتري، فلعل هذا ما يشير إليه قول الشافعي.

والأحوط ما ذهب إليه الجمهور وليس في المسألة بأس بأن يشتري السلعة مؤجلة ويبيعها بأقل من غير بائعها الأول ويقبض ثمنها، خروجًا من الخلاف واحتياطًا من الوقوع تحت غبار الربا المذموم. ولأن الأصل في النهي التحريم ولم يقم صارف عنه.

* * *

الفصل العاشر

حكم النَّساء فيما بيع متفاضلاً مما لا يكال ولا يوزن

اختلف أهل العلم في مثل هذه المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: لا يحرم النساء في شيء من ذلك مطلقًا.

أي سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويًا أو متفاضلاً. إلا عند من جعل العلة الطعم فيستثني المطعومات.

وهذا مذهب الشافعي [١]، والمشهور عن أحمد، واختاره القاضي من علماء الحنابلة [٢].

واستدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل. فأمره أن يأخذ في قلاص [٣] الصدقة، فكان يأخذ

(١) تكملة السبكي للمجموع جـ١٠ ص ٧٩، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٢٧، الأم جـ٣ ص ١٤.

(٢) المغني جـ٤ ص ١٠، المحرر جـ١ ص ٣١٩، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٦٤، الإنصاف جـ٥ ص ٤٢.

(٣) القلاص: جمع قلوص بفتح القاف وضم اللام وهي الشابة من الإبل والقوية أو الباقية على السير. قاموس باب الصاد فصل القاف ص ٨١٠، ٨١١.

البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[١] .

٢ ـ وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن ابن محمد: «أن عليًا باع بعيراً له يقال له عصيفيراً بأربعة أبعرة إلى أجل»[٢] .

٣ ـ ولأنهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار.

٤ ـ ولأن النساء أحد نوعي الربا؛ فلم يجز[٣] في الأموال كلها كالنوع الآخر.

القول الثاني: يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب، ولا يحرم في غير ذلك.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]، ورواية ثانية عن أحمد. وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساءً: ابن الحنفية، وعبد الله بن عمير، وعطاء، وعكرمة بن خالد،

---

(١) أخرجه أبو داود رقم ٣٣٥٧ في البيوع باب الرخصة في ذلك. وضعفه الزيلعي في نصب الراية جـ٤ ص ٤٧، ولكن البيهقي رواه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه ـ السنن الكبرى جـ٥ ص ٢٨٧، ٢٨٨. لكن الشيخ الألباني لم يذكره في صحيح أبي داود.

(٢) موطأ مالك في البيوع باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه رقم ١٣٤٧ ص ٤٥٢، وفي سنده انقطاع لعدم ثبوت سماع الحسن بن محمد من جده أمير المؤمنين علي رضي الله عنه.

(٣) هكذا في نسخة مكتبة القاهرة من المغني، وفي الطبعة الجديدة المحققة ط. هجر كذلك جـ٦ ص ٦٥. والذي يظهر لي أنها فلم يجر في الأنواع كلها كالنوع الآخر؛ لأن كلمة يجز لا موضع لها هنا.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٧٢، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٥١، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣١١٤.

وابن سيرين، والثوري. وروي ذلك عن عمار، وابن عمر [١].

واستدل لهذا القول بما يلي:

١ ـ ما رواه سمرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» [٢].

٢ ـ ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن.

القول الثالث: لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلاً. فأما مع التماثل فلا، وهذه رواية ثالثة عن أحمد. واحتج لها بما يلي:

١ ـ ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «**الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساءً، ولا بأس به يدًا بيد**» [٣].

٢ ـ وروى ابن عمر: «أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: **لا بأس إذا كان يدًا بيد**» [٤].

وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه.

القول الرابع: يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء أكان من جنسه أم من غير جنسه.

وهذا مذهب مالك [٥].

---

(١) المغني جـ٤ ص ١١.

(٢) خرجه الترمذي في البيوع وقال: حديث حسن صحيح ـ برقم ١٢٣٧. وصححه الشيخ الألباني في صحيح الترمذي برقم ٩٩١.

(٣) الترمذي رقم ١٢٣٨ في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقال: حديث حسن صحيح.

(٤) مسند أحمد جـ٢ ص ١٠٩.

(٥) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٦٥٧.

قال ابن قدامة: وهذا ظاهر كلام الخرقي ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة لأنه بيع عرض بعرض[1] ، فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا. ونسبها رواية في مذهب أحمد اختارها القاضي.

وتعقب ابن قدامة هذه الرواية بأنها ضعيفة جدًا؛ لأنها اثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح.

فإن المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه له أوصاف لها أثر في تحريم الفضل؛ فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار، وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلاً، فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع؟[2] .

والآن وقد فرغنا من سرد الآراء وأدلتها ـ ننظر ما الذي اختاره ابن قدامة منها وما سبب اختياره ؟ .

❏ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة الرواية الأولى[3] التي أجازت بإطلاق، معللاً ذلك بموافقتها للأصل.

وهنا ينشأ سؤال: ما موقفه من الأحاديث المخالفة لها؟

أجاب بأن أبا عبد الله[4] قال: ليس فيها حديث يعتمد عليه، ويعجبني أن يتوقاه. وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا المجال، فقال: هما مرسلان.

---

(١) العرض ما يتجر فيه من المبيعات.

(٢) المغني جـ٤ ص ١١.

(٣) المغني جـ ٤ ص ١١، والكافي جـ٢ ص ٦٧، والمقنع جـ٢ ص ٧٤.

(٤) هو الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله.

وحديث سمرة: قال الأشرم: قال أبو عبد الله: لا يصح سماع الحسن من سمرة.

وحديث جابر: قال أبو عبد الله: هذا حجاج بن أرطاة، قال يعقوب بن شيبة: هو واهي الحديث. وهو صدوق. اهـ [١].

وابن قدامة عول على الإمام أحمد في تخريج هذه الأحاديث لما هو معروف عن الإمام من سعة علمه واطلاعه في هذا المجال.

* * *

(١) انظر: المغني جـ٤ ص ١٢ ط. مطبعة الفجالة الجديدة.



الباب الثالث

السلم

الباب الثالث

السلم

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

تعريفه، ودليل مشروعيته

١ ـ التعريف اللغوي:

في اللغة: السلام والإسلام: السلف[١]. والاستسلام والاستسلاف بمعنى واحد.

والسلف بفتحتين من البيوع يعجل فيه الثمن وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم[٢].

٢ ـ التعريف الشرعي:

عرف ابن قدامة السلم بقوله: هو أن يسلم عوضًا حاضرًا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل[٣].

(١) القاموس المحيط فصل السين باب الميم جـ٤ ص ١٣١.

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٢٤٥.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٠٧.

وعرفه غيره بأنه: عقد على موصوف ينضبط بالصفة في الذمة إلى أجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[١] .

وحكمه الجواز، ودليل ذلك: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أ ـ الكتاب:

قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾[٢] .

ووجه الاستشهاد من الآية:

١ ـ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه. ثم قرأ هذه الآية»[٣] .

٢ ـ ولأن لفظ الآية يصلح للسلم ويشمله بعمومه.

ب ـ السنة:

١ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ : «أنهم قدموا المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**»[٤] .

٢ ـ ما رواه البخاري عن ابن أبي المجالد قال: « اختلف عبد الله بن شداد بن

---

(١) الروض المربع ص ٢٦٤ للبهوتي ط . مطابع الرياض.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

(٣) انظر: تفسير ابن جرير الطبري جـ٣ ص ٧٦ في تفسير آية الدين، وتفسير القرطبي جـ٣ ص٣٧٧.

(٤) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٣٤ في السلم جـ٢ ص ١٥٦ .

الهاد وأبو بردة في السلف، فبعثوني إلى ابن أبي أوفى رضي الله عنه فسألته، فقال: إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب. وسألت ابن أبزى فقال: مثل ذلك»[١].

جـ ـ الإجماع:

حكى ابن قدامة عن ابن المنذر الإجماع، حيث قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم: على أن السلم جائز[٢].

د ـ العقل يقتضيه من وجهين:

أحدهما: أن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن.

ثانيهما: أن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزرع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالاسترخاص؛ لأنه غالبًا يأخذه بثمن أقل في الجملة فحصل الارتفاق من الجانبين.

* * *

(١) خرجه البخاري في السلم باب السلم في وزن معلوم. انظر: البخاري مع الفتح جـ٤ ص٤٢٩.

(٢) انظر: المغني جـ٤ ص ٢٠٧. وهو في الإجماع لابن المنذر ص١١٩ رقم المسألة ٤٩٨.



الفصل الثاني

شروط صحة السلم

لابد من الشروط التي يتوقف جواز البيع وصحته عليها في السلم ويزيد السلم بسبعة شروط. أسردها وأبين ما وقع فيه خلاف:

الأول: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً. وهذا مثل الحبوب، والثمار، والأدقة، والثياب، والمعادن، والأدهان، والألبان، ونحو ذلك.

وبالجملة: كل مكيل، أو موزون، أو مذروع أو معدود. وخالف في هذا أهل الظاهر فلم يروا السلم في غير المكيل والموزون[1]. ولا عبرة بخلافهم.

أما ما لا يمكن ضبطه بالصفة، وذلك مثل الجواهر. فاختلف الفقهاء في صحة السلم فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح السلم في الجواهر، ونحوها مما لا ينضبط بالوصف. وهذا مذهب أبي حنيفة[2]، والشافعي[3]، وأحمد[4]. وهو قول

---

(١) المحلى جـ٩ ص ١٠٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٦، شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢١٢، وفيه ما يدل على جوازه في صغار لؤلؤ تباع وزناً.

(٣) راجع: تكملة المجموع للسبكي جـ١٢ ص١٣٧، الأم جـ٣ ص١٠٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص٢٠٢.

(٤) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٠٨، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٩١، الإنصاف جـ٥ ص ٨٨، المحرر جـ١ ص ٣٣٤.

أهل الظاهر[١].

القول الثاني: صحة السلم في الجواهر، كاللؤلؤ، والعنبر، وفي الزجاج، والجص.

وهذا مذهب مالك[٢].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله مذهب الجمهور[٣]، وهو موافق لمذهب إمامه. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ أن أثمانها تختلف اختلافًا متباينًا بالصغر، والكبر وحسن التدوير، وزيادة الضوء، والصفاء.

٢ ـ عدم إمكان تقديرها بما يمكن مشاهدته كبيض العصفور ونحوه.

قلت: والمدار في صحة السلم على إمكان الانضباط فإذا أمكن ضبط الجواهر بموازين بحيث لا يفضي ذلك إلى الجهالة المؤدية إلى الخصام، فلا مانع من ذلك.

واليوم يمكن ذلك باستعمال الميزان، بل إن ميزان الجواهر أدقها. كما أن ضبطها ممكن، لكن الاحتياط ترك السلم فيها لما قد يؤدي إليه من الغرر المفضي

---

(١) المحلى جـ٩ ص ١٠٥.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٢، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٣٧، الكافي جـ٢ ص ٦٩٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٧٧.

(٣) المغني جـ٤ ص ٢٠٨، الكافي جـ٢ ص ١٠٩، المقنع جـ٢ ص ٨٧.

إلى الخصام. ووقع الخلاف في بعض المسائل أتدخل تحت المنضبط أم تدخل تحت ما لا ينضبط؟

المسألة الأولى: ما مسته النار:

اختلف العلماء في حكم السلم فيما مسته النار على قولين:

القول الأول: لا يصح السلم فيما مسته النار.

وهذا مذهب أبي حنيفة فيما يفهم من كلامه[1]. لقوله في فتح القدير وغيره: كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه. وهذا غير ممكن فيما مسته النار.

وهذا مذهب الشافعي[2]. ورواية عن أحمد. وهو قول أهل الظاهر[3].

القول الثاني: يصح السلم فيه.

وهذا مذهب مالك[4]. وأحمد[5] في المشهور عنه.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الثاني وهو موافق للمذهب[6].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٨٦، شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢١٣.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص ١٣٩، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢١١.

(٣) المحلى جـ٩ ص ١٠٥.

(٤) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٢، شرح الحطاب جـ٤ ص ٣٧، الكافي جـ٢ ص ٦٩٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٧٧.

(٥) المغني جـ٤ ص ٢٠٨، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٨٩، الإنصاف جـ٥ ص ٨٦.

(٦) المغني جـ٤ ص ٢٠٩، الكافي جـ٢ ص ١٠٨.

وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم**»[١].

٢ ـ إمكان انضباطه بالنشافة والرطوبة؛ لأن عمل النار فيه معلوم بالعادة.

المسألة الثانية: الحيوان:

اختلف الفقهاء في صحة السلم فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]. ورواية عن أحمد. وهو مروي عن عمر، وابن مسعود، وحذيفة[٣]. وهو قول الثوري، وسعيد بن جبير، والشعبي، والجوزجاني[٤]. وهو مذهب أهل الظاهر[٥]. وحجتهم:

١ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «إن من الرباء أبوابًا لا تخفى، وإن منها السلم في السن»[٦].

٢ ـ ولأن الحيوان يختلف اختلافًا متباينًا فلا يمكن ضبطه واستقصاء صفاته.

---

(١) خرجه البخاري عن ابن عباس رقم ٢٢٤٠، ٢٢٤١ في السلم باب السلم في وزن معلوم كما في الفتح جـ٤ ص ٤٢٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٦، شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٠٩، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٢١١.

(٣)، (٤) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٠٩.

(٥) المحلى جـ٩ ص ١٠٥.

(٦) رواه البيهقي في السلم باب من أجاز السلم في الحيوان جـ٦ ص ٢٣. قال: وهو منقطع.

القول الثاني: يصح.

وهذا مذهب مالك[١]. والشافعي[٢]. وأحمد[٣] في المشهور عنه وهو الصحيح من مذهبه. وهو مروي عن ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم. وهو قول سعيد بن المسيب، والحسن، والشعبي، ومجاهد، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، والجوزجاني وحكاه عن عطاء والحكم، وله أدلة أذكرها في بيان اختيار ابن قدامة[٤].

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني وهو صحة السلم في الحيوان وهو موافق للمذهب[٥].

وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ ما رواه أبو رافع، قال: «استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً... الحديث»[٦]. والبكر: الفتي من الإبل.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦٩، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٢٣، الكافي جـ٢ ص ٦٩٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٧٦.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص ١٣٦، الأم جـ٣ ص ١٠٣، نهاية المحتاج جـ٤ ص٢٠٣.

(٣) المغني جـ٤ ص ٢٠٩، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٩٠، الإنصاف جـ٥ ص٨٥، المحرر جـ١ ص٣٣٣.

(٤) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٠٩.

(٥) المغني جـ٤ ص ٢١٠، الكافي جـ٢ ص ١١٠، المقنع جـ٢ ص ٨٦، العمدة ص ٢٣٥.

(٦) رواه مسلم في المساقاة باب من استسلف شيئًا فقضى خيراً منه حديث ١٦٠٠، ورواه غيره.

وعن أبي هريرة مثله إلا أنه قال: «استقرض رسول الله ﷺ سنًا فأعطى سنًا فوقه». رواه مسلم كما سبق.

٢ ـ ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين، وبالأبعرة إلى الصدقة»[١].

٣ ـ ما يروى عن علي رضي الله عنه: «أنه باع جملاً يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل»[٢].

٤ ـ ولأنه قد ثبت في الذمة صداقًا فثبت في السلم كالثياب.

وعلل الترجيح فقال:

أما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف، ولو صح فهو محمول على أنهم يشترطون في ضراب بني فلان ـ أي ما يفضي إلى الجهالة.

ولذا قال الشعبي: «إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم». ولا شك أن مثل هذا يفضي إلى جهالة وخصام[٣].

الشرط الثاني: أن يكون الانضباط في الصفة التي يختلف بها الثمن ظاهراً. أي يكون الوصف كافيًا كذكر الجنس، والنوع، والجودة، والرداءة، والبلد مثل قوله: حنطة سمراء، أو صفراء، أو من بلد كذا، كحنطة القصيم، أو ذرة تهامة... إلخ.

---

(١) رواه البيهقي جـ٦ ص ٢١، ٢٢ وفي مسند أحمد: «فكنت أبتاع البعير بالقلوصين» المسند جـ٢ ص ٢١٦

(٢) السنن الكبرى للبيهقي كما سبق وفي سنده: مقال.

(٣) المغني جـ٤ ص٢١٠.

وفي الحيوان يذكر نوعه، وسنه، وذكورته أو أنوثته، وما يحتاج إلى ذكره مما يختلف به الثمن. ولا خلاف في هذا.

الشرط الثالث: معرفة مقدار المُسلَم فيه بالكيل إن كان مكيلاً، وبالوزن إن كان موزونًا، وبالعدد إن كان معدودًا، وبالذرع إن كان مما يقاس.

وذلك لورود النص بوجوب كون المسلم فيه محددًا معلومًا. ولا خلاف في هذا بحمد الله تعالى.

الشرط الرابع: كونه مؤجلاً أجلاً معلومًا. وفي وقوعه حالاً خلاف الشافعي[1]، والأرجح ما عليه الجمهور نظرًا لتعريف السلم وكونه رخصة والحال لا رخصة فيه ولا يسمى سلمًا.

ويسند مذهب الجمهور قولهﷺ في الحديث: «**إلى أجل معلوم**» - وهذا يفيد ما ذكروه، واختاره ابن قدامة وأيده[2].

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله بأن يمكن تسليمه في أوانه؛ وذلك لأن السلم رخصة ثابتة على خلاف الأصل في البيوع - فلا يزاد إليه غرر مثله.

وهل من شرطه أن يكون المسلم فيه موجودًا حال العقد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يشترط.

---

(١) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص ١٢٥.

(٢) المغني جـ٤ ص ٢١٨، ٢١٩.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. وأهل الظاهر[٤]. وجمهور أهل العلم[٥].

القول الثاني: يشترط وجود جنسه حال العقد إلى حين المحل.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٦].

وحجته: أن كل زمان يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول[٧]، وهو موافق للمذهب.

وأيده بما يلي:

١ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما: وفيه «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم[٨]».

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٧١، شرح الحطاب جـ٤ ص٥٣٤، الكافي جـ٢ ص٦٩١، بداية المجتهد جـ٢ ص١٧٨.

(٢) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص١١١، الأم جـ٣ ص٨٢، نهاية المحتاج جـ٣ ص١٩٣، ١٩٤.

(٣) المغني جـ٤ ص٢٢٢، كشاف القناع جـ٣ ص٣٠٣، الإنصاف جـ٥ ص١٠١، المحرر جـ١ ص٣٣٣.

(٤) المحلى جـ٩ ص١١٤.

(٥) المغني كما سبق والكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٦٩١.

(٦) مختصر الطحاوي ص٨٦، شرح فتح القدير جـ٦ ص٢١٣، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢١٢.

(٧) انظر: المغني جـ٤ ص٢٢٢، الكافي جـ٢ ص١١٤، المقنع جـ٢ ص٩٢.

(٨) رواه مسلم رقم ١٦٠٤ في السلم جـ٣ ص١٢٢٧.

فلم يشرط كون المسلم فيه موجودًا، ونهاهم عن السلف سنتين لانقطاع المسلم فيه.

٢ ـ ولأنه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالبًا، فجاز السلم فيه كالموجود.

وعارض احتجاج أبي حنيفة فقال: لا نسلم أن الدين يحل بالموت، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة، والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً، وهاهنا لم يجعلاه.

قلت: «وقد سئل الصحابة رضوان الله عليهم: هل كانت الحنطة موجودة؟ قالوا: ما كنا نسألهم»[1]، أي لا يسألونهم عن وجودها حين العقد، وهذا يدل على أن وجود المسلم فيه وقت العقد ليس بشرط.

الشرط السادس: قبض رأسمال السلم في مجلس العقد.

فلو أخره عن مجلس العقد فما الحكم؟

اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: يبطل العقد إذا تفرقا قبل القبض للثمن.

وهذا مذهب أبي حنيفة[2]، والشافعي[3]، وأحمد[4]. وهذا مذهب

(١) رواه البخاري من حديث ابن أبي أوفى في السلم باب السلم إلى من ليس عنده أصل حديث ٢٢٤٤. وانظره مع الفتح جـ٤ ص ٤٣٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٦، شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٢٧، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢١٦.

(٣) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص ١٥٧، الأم جـ٣ ص ٨٣، نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٨٤.

(٤) المغني جـ٤ ص ٢٢٣، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٠٤، الإنصاف جـ٥ ص ١٠٤، المحرر جـ١ ص ٣٣٣.

أهل الظاهر[١] .

القول الثاني: يجوز تأخير القبض اليومين والثلاثة وأكثر من ذلك ولو بشرط .

وهذا مذهب مالك[٢] . خلافًا لسحنون فأجازه ثلاثًا بدون شرط . وحجة مالك أن السلم عقد معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون مسلمًا ، فأشبه ما لو تأخر إلى آخر المجلس .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الأول[٣] وهذا موافق للمذهب .

وعلله بأن السلم عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق ، فلا يجوز التفرق قبل القبض كالصرف .

وقياس مالك مع الفارق ؛ لأن آخر المجلس يفارق ما بعده بدليل الصرف .

قلت: ولم يرد في النص ما يدل على هذا الشرط ، والتأخر لا يفضي إلى الربا لأنه ثمن ومثمن لا ربوي بربوي مثله ، ولا مختلف عنه وإنما نقود وعرض .

الشرط السابع: أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربى . فلا يسلم ربوي

---

(١) المحلى جـ٩ ص ١٠٩ .

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٦٦ ، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥١٤ ، الكافي جـ٢ ص ٦٩١ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ١٧٧ .

(٣) المغني كما سبق ، الكافي جـ٢ ص ١١٥ ، المقنع جـ٢ ص ٩٣ ، العمدة ص ٢٣٦ .

في ربوي لا يجوز فيهما الافتراق قبل التقابض. أي أن ما شرط فيه التقابض قبل التفرق لا يصح بيع بعضه ببعض سلمًا لإفضائه إلى الربا المحرم.

وهذا لا خلاف فيه.

* * *



الفصل الثالث

حكم أخذ الرهن أو الكفيل من المسلم إليه لضمان المسلم فيه

اتفقت كلمة الفقهاء على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه حيث قال: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**»[١].

وكذلك ما جرى مجرى البيع من الشركة فيه والتولية والحوالة به لعدم استقراره.

واختلفوا في حكم أخذ الكفيل أو الرهن من المسلم إليه على قولين:

القول الأول: لا يجوز.

وهذا مذهب أحمد في المشهور عنه[٢]. واختارها الخرقي وأبو بكر من أتباعه. وهو قول أهل الظاهر - حتى قال ابن حزم: اشتراط الكفيل في السلم يفسد به السلم[٣].

---

(١) خرجه الترمذي جـ٥ ص ٢٩٠، ٢٩١ وقال: حديث حسن صحيح - في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه. الترمذي مع عارضة الأحوذي وهو في صحيح الترمذي برقم ١٠٣٧.

(٢) المغني جـ٤ ص ٢٣٢، كشاف القناع جـ٣ ص ٣١١، الإنصاف جـ٥ ص ١٢٢.

(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص ١١٠.

وقد رويت الكراهة عن علي، وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم. وهو قول سعيد بن جبير، والأوزاعي[١].

القول الثاني: لا مانع من ذلك.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد في رواية ثانية عنه[٥].

وهذا قول: عطاء، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والحكم، وإسحاق وابن المنذر، وعموم أهل الرأي[٦].

توجيه كل من القولين:

أ ـ توجيه القول الأول:

١ ـ أن الرهن والضمين إن أخذا برأس مال المسلم فقد أخذا بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب؛ لأن ذلك قد ملكه المسلم إليه.

وإن أخذا بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء استيفاؤه من ثمن الرهن. والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن.

٢ ـ ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفيًا لحقه من غير

---

(١) المغني جـ٤ ص ٢٣٢.

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٠.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٨٧، البحر الرائق جـ٧ ص ١٧٩.

(٤) تكملة السبكي للمجموع جـ١٢ ص ١٧٣، الأم جـ٣ ص ٨٢.

(٥) المراجع السابقة في مذهب أحمد وزيادة المحرر جـ١ ص ٣٣٥.

(٦) المغني الصفحة السابقة.

المسلم فيه.

وقد جاء عنه ﷺ أنه قال: «**من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[١].

٣ـ ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه ـ وهذا لا يجوز.

ب ـ توجيه القول الثاني:

١ ـ قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ـ إلى قوله: **وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾[٢].

وقد روي عن ابن عباس وابن عمر: أن المراد بذلك السلم.

وكذلك العموم في اللفظ والسلم أحد أفراده.

٢ ـ ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الأعيان.

❐ اختيار ابن قدامة:

لم يصرح باختياره[٣]، وإنما ذكر الروايتين في المذهب دون اختيار لإحداهما. لكن يظهر أنه يميل إلى الرأي الأول كما في المغني.

غير أنه أجاز الرهن والضمان في بعض أنواع المسلم فيه دون البعض الآخر.

---

(١) خرجه أبو داود في سننه رقم ٣٤٦٨ في السلم باب السلف لا يحول جـ٣ ص٧٤٤، قال الخطابي: قال المنذري: وعطية بن سعد لايحتج بحديثه.

(٢) سورة البقرة الآيتان ٢٨٢، ٢٨٣.

(٣) الكافي جـ٢ ص١٢٨، والمغني جـ٤ ص٢٣٣، المقنع جـ٢ ص٩٨.

قلت: وليس هناك ما يمنع منه ولا يفضي إلى منهي عنه. بل القول بالجواز تعضده العمومات، ولم يرد ما يخصصها فتبقى على عمومها.

والرهن أو الضمين إنما هو للاستيثاق فجاز كما لو كان في غيره. وما ذكره من شبه أثيرت فلا تعارض عمومات الأدلة في الرهن، كما أنه لا ينبني على ذلك مفسدة، بل فيه مصلحة لأحد العاقدين وتسهيل لإجراءات السلم. والله أعلم.

* * *

الباب الرابع

القــــرض



الباب الرابع

القرض

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول

تعريفه ودليل مشروعيته

١ - تعريفه اللغوي:

القرض بفتح القاف المعجمة وبكسرها: ما سلفت من إساءة أو إحسان وما تعطيه لتقضاه.

ويطلق القرض في اللغة على القطع والمجازاة[١].

٢ - تعريفه الاصطلاحي:

١ - عرفه ابن قدامة بقوله: القرض نوع من السلف[٢].

٢ - عرفه الأزهري: بأنه دفع متمول في مثله غير معجل لنفع آخذه فقط[٣].

٣ - وعرفه البهوتي بأنه: دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع به ويرد بدله[٤].

وهي تعاريف متقاربة إلا أن تعريف البهوتي أقربها.

---

(١) القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف جـ٢ ص ٣٥٤.
(٢) المغني جـ٤ ص ٢٣٥.
(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٥.
(٤) كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٢.

دليل المشروعية: السنة والإجماع:

أ ـ السنة :

١ ـ ما روى أبو رافع: «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرًا. فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: يا رسول الله، لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا. فقال ﷺ: **أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاءً**»(١).

٢ ـ حديث ابن مسعود رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «**ما من مسلم يقرض مسلمًا قرضًا مرتين إلا كان كصدقة مرة**»(٢)، وفي رواية: «**كصدقتها**».

٣ ـ وعن أنس رضي الله عنه: قال: قال رسول الله ﷺ: «**رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبًا: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر. فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة**»(٣).

٤ ـ حديث أبي هريرة وفيه قال ﷺ: «**ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلمًا ستره الله في**

---

(١) رواه مسلم رقم ١٦٠٠ في المساقاة في باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه جـ٣ ص ١٢٢٤، والبكر بفتح الباء هو: الجمل الفتي القوي.

(٢)، (٣) رواهما ابن ماجه برقم ٢٤٣٠، ٢٤٣١ في الصدقات باب القرض جـ٢ ص ٨١٢. وذكر الأول الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٩٧٢، ولم يذكر الثاني في صحيحه.

الدنيا والآخرة»[١] .

ب ـ الإجماع:

والمسلمون مجمعون على جواز القرض في الجملة. بل وإنه لمن القربات والإحسان إلى المسلمين، وإنه من تفريج الكربات وقد دلت النصوص من الكتاب والسنة على ذلك[٢] .

* * *

(١) ابن ماجه في المقدمة رقم ٢٢٥ جـ١ ص ٨٢.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص١٢٠ رقم المسألة ٥١٠، الإفصاح عن معاني الصحاح جـ١ ص٣٥٧.



الفصل الثاني

نوع عقد القرض

اختلف الفقهاء في لزوم القرض وجوازه على قولين:

القول الأول: هو عقد جائز.

وهو مذهب الشافعي[١].

وحجته: القياس على الغصب والعارية. وبيانه: أن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه، إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية.

القول الثاني: هو عقد لازم من جانب المقرض جائز في حق المقترض.

وهذا مذهب مالك[٢]، وقياس قول أبي حنيفة[٣]، وأحمد[٤]. لأن بعض أصحابه روى عنه أن المقترض يملك القرض بقبضه ولا يلزمه رد عينه، ويثبت في ذمته حالاً وإن أجله.

---

(١) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٢ ص ١٧٧-١٧٩، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٣٢.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٦، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٤٥.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٦١.

(٤) المغني جـ٤ ص ٢٣٧، الإنصاف جـ٥ ص ١٢٥، ١٢٦، المحرر جـ١ ص ٣٣٤، كشاف القناع جـ٢٣ ص ٣١٢.

وهذا ما يفهم من كلام أهل الظاهر[١] .

وسوف يذكر ابن قدامة الاحتجاج لهذا الرأي .

□ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني[٢] .

وأيده بما يلي :

١ ـ أن المقترض أزال ملكه بعوض عن غير خيار فلم يكن له حق الرجوع فيه كالبيع .

٢ ـ مفارقة القرض للغصب والعارية ، من حيث عدم إمكان المطالبة بمثلهما مع وجودهما .

وثمرة الخلاف تظهر : في أن المقرض لو أراد الرجوع في عين ماله فعلى القول الأول له ذلك متى شاء ، حتى ولو كان إلى أجل .

وعلى القول الثاني ليس له ذلك وللمقترض أن يعطيه غيره وله أن يمنعه حتى حلول الأجل .

قلت: القرض من حيث هو جائز لكن لا يحق للمقرض مطالبة المقترض قبل حلول الأجل ؛ لأن ذلك ربما يؤدي إلى إضرار بالمقترض كأن يضع ما اقترضه في تجارة يعمل فيها فإذا أجزنا للمقرض حق المطالبة والرجوع في أي

---

(١) المحلى جـ٨ ص ٧٩ .
(٢) راجع : المغني جـ٤ ص ٢٣٧ .

وقت ربما يطالب بذلك في وقت لا يجد المقترض ما يدفعه إلا بنحو ضرر بليغ ؛ ولأنه لما أقرضه سلطه عليه فربما دفعه لآخر فيستقر في ذمته ، لكنه لا يستطيع دفعه إلا إذا حال أجله أو تمكن من دفعه .

* * *



الفصل الثالث

ما يجوز فيه القرض وما لا يجوز

اتفق الفقهاء على جوازه بالدنانير والدراهم - أي العملة السائرة في كل عصر. ثم اختلفوا في ما عدا ذلك علي قولين:

القول الأول: يجوز القرض في كل ما يثبت في الذمة سلمًا.

وهذا مذهب: مالك[١]، مع تفصيل يسير فيه، وهو قول الشافعي[٢]، وأحمد[٣]، وجوزه ابن أبي ليلى.

وهو مذهب أهل الظاهر[٤]. وأجازوه في كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها.

القول الثاني: لا يجوز قرض غير المكيل والموزون.

وهذا مذهب: أبي حنيفة[٥].

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٠٨، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٥، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٤٥.
(٢) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٢ ص ١٨٠، ١٨١، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٢٥.
(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٣٧، ٢٣٨، الإنصاف جـ٥ ص ١٢٣، المحرر جـ١ ص ٣٣٤، كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٤.
(٤) المحلى جـ٨ ص ٧٧.
(٥) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٦١، ١٦٢.

وعلل لهذا القول: بانعدام المثل للمال المقترض كما في الجواهر.

☐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو موافق للمذهب[١].

وأيده بما يلي:

١ - حديث أبي رافع الذي سبق وفيه: «أن النبي ﷺ استسلف بكرًا»[٢].

وهذا ليس مكيلاً ولا موزونًا بل حيوان.

٢ - ولأن ما يثبت سلمًا بالبيع ويمكن ضبطه بالوصف يجوز قرضه قياسًا على المكيل والموزون.

ورد تعليل الأحناف بقوله: قولهم: لا مثيل له - خلاف أصلهم، فإن عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوبًا ثبت في الذمة مثله، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته.

قلت: ومذهب الأحناف ومن وافقهم يخالف صريح السنة والعمل على ما ثبت، ويقاس عليه كل ما يمكن وصفه وضبطه بما لا يدع للخلاف مجالاً. وهذا الذي يتمشى مع سماحة الإسلام ولا يمنع منه مانع.

وهنا أشير إلى مسألة أجمع عليها الفقهاء وهي: أن كل نفع بين المتقارضين

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٣٨.

(٢) رواه مسلم رقم ١٦٠٠ جـ٣ ص ١٢٢٤، وسبق ذكر موضعه في أدلة مشروعية القرض ص١٥٢. وفي السلم.

لا يجوز - لأنه يؤدي إلى الفضل -، ودليل هذا الإجماع على القاعدة الفقهية «كل قرض جر نفعاً فهو ربا »[١] .

* * *

(١) الإجماع لابن المنذر ص١٢٠ المسألة ٥١١ .



الفصل الرابع

بيان الحكم في رد الفلوس المقترضة إذا أبطل الحاكم التعامل بها قبل حلول أجلها

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ليس له إلا مثل ما أقرضه.

وهذا مذهب: مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]. ورواية عن أحمد[٤].

وحجتهم: أن إلغاء الحاكم للفلوس المتعامل بها ليس بعيب حدث فيها ـ فيجري مجرى نقص سعرها ـ، وكذلك زيادته.

القول الثاني: للمقرض قيمتها، وتقوم على المقترض بسعر يوم أخذها من المقرض.

ولا يلزم المقرض قبولها مطلقًا، أي سواء كانت قائمة في يد المقترض أو استهلكها.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٥، شرح الحطاب جـ٤ ص ٥٤٦.
(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٦٢.
(٣) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٢ ص ١٨٦، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٢٨.
(٤) المغني جـ٤ ص ٢٤٤، الإنصاف جـ٥ ص ١٢٧، المحرر جـ١ ص ٣٣٥، كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٥.

وهذا مذهب أحمد في المشهور عنه[١] ، وصاحبي أبي حنيفة[٢] .

القول الثالث: تفصيل : فإن اتفق الناس على تركها فله قيمتها كما سبق، وإن أقروا التعامل بها فيما بينهم لزمه قبولها.

وهذا مذهب القاضي من الحنابلة[٣] .

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني [٤] ، وهو موافق لمذهب إمامه.

وأيده بأن تحريم الحاكم لها منع إنفاقها، وأبطل ماليتها، فأشبه كسرها أو تلف أجزائها.

ورد احتجاج أهل القول الأول بأن رخص السعر لا يمنع ردها لعدم حدوث شيء فيها ـ أشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت.

قلت: وما ذهب إليه الجمهور هو الأشبه بالمعقول. لكن بشرط أن لا يكون في ذلك تقصير من المقترض.

بأن يعلن عن تغيرها ولا يتقدم بتغييرها في أثناء المدة المعلن فيها عن التغيير؛ لأن هذا الحاصل اليوم وهو التغيير التدريجي للعملات الورقية؛ حيث إن الحاكم إذا تغير بانقلاب أو نحوه لا يستطيع إلغاء العملة السابقة إلا بالتدريج أو إبدالها، فإذا قصر في عدم التبديل يكون مضراً بالمقرض وعليه أن

---

(١) المغني جـ٤ ص ٢٤٤، الإنصاف جـ٥ ص ١٢٧، المحرر جـ١ ص٣٣٥، كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١٦٢.

(٣) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٤) راجع المغني جـ٤ ص ٢٤٤.

يأتي بقيمتها .

ولقول أحمد ومن وافقه حظ من النظر فإنه نظر إلى الاستفادة من المال في حق المقترض وقد حصلت ، وإذا أعيدت بأعيانها وقد كسدت إلى المقرض فاتت عليه فحكم بالقيمة .

ونظير هذه المسألة ما إذا اقترض عملة في وقت وكان لها سعر ثم تغير سعرها تغيرًا فاحشًا ، كتدهور بعض العملات كالليرة اللبنانية مثلاً والروبل الروسي وغيرهما ، ثم أراد أن يردها إلى صاحبها فهل يردها بعدها أم أنه يردها بقيمتها؟

جرى فيها مثل الخلاف السابق وممن اعتبر القيمة يوم القرض ابن تيمية رحمه الله تعالى[1] .

* * *

(١) حاشية الروض المربع جـ٥ ص ٤٣ وذكر أنه في شرح المحرر .



الباب الخامس

الرهـــــن



الباب الخامس
الرهن

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول
تعريفه وحكمه وأصل مشروعيته والضابط فيما يصح رهنه وما لا يصح وهل يختص بالسفر؟

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول
تعريفه

قال ابن قدامة في كتابه المغني[1] : الرهن لغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة.

وقيل هو الحبس: قال الله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾[2]. وقال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[3].

أما الرهن اصطلاحًا عند ابن قدامة فهو: المال الذي يجعل وثيقة بالدين

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٤٥، نشر مكتبة القاهرة، وانظر: القاموس باب النون فصل الهاء ص ١٥٥١، المصباح المنير مادة رهن جـ١ ص٢٤٢.
(٢) سورة الطور الآية ٢١.
(٣) سورة المدثر الآية ٣٨.

ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[١] .

وقال في الروض المربع[٢] : هو توثقة دين بعين .

وكأن تعريف ابن قدامة أشمل وأعم .

وقال الكمال بن الهمام : جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون[٣] .

وهي تعاريف متقاربة وتؤدي الغرض المقصود منها .

المبحث الثاني

حكمه ودليله

حكمه الجواز .

ودليله : الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

١ ـ الكتاب:

قال تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [٤] . والقراءة الثانية : ﴿فرهن﴾[٥] .

٢ ـ السنة:

أ ـ ما روت عائشة رضي الله عنها : « أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي

---

(١) المغني كما سبق .
(٢) الروض المربع ص ٢٧١
(٣) شرح فتح القدير جـ٩ ص ٦٤ .
(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٣ .
(٥) ذكره في المغني جـ٤ ص ٢٤٥ نقلاً عن الفراء والزجاج .

طعامًا ورهنه درعه» متفق عليه[1] .

ب ـ ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**»[2] .

جـ ـ ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يَغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه**»[3] .

٣ ـ الإجماع:

قال ابن قدامة في المغني: «أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة»[4] .

المبحث الثالث

حكم اشتراط السفر لصحة الرهن

اختلف العلماء في الرهن هل يختص بالسفر أو يجوز في الحضر على قولين:

---

(١) انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٣٣ في المساقاة باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر جـ٢ ص ١٥٦ .

(٢) رواه البخاري رقم ٢٥١٢ في الرهن باب الرهن مركوب ومحلوب كما في الفتح جـ٥ ص ١٤٣ سلفية .

(٣) التلخيص الحبير لابن حجر رقم٦ في الرهن وذكر أنه من رواية ابن حبان والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن ماجه ـ التلخيص جـ٣ ص ٤٢ . وهو في ابن ماجه في الرهون باب لا يغلق الرهن حديث ٢٤٤١ . ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه . وقد انعقد الإجماع على صحة معناه .

(٤) المغني كما سبقت الإشارة ، وانظر: الإفصاح لابن هبيرة جـ١ ص ٣٦٧ .

القول الأول: يجوز في الحضر كما جاز في السفر.

وهذا المشهور عن الأئمة الأربعة: مالك(١)، وأبي حنيفة(٢)، والشافعي(٣)، وأحمد(٤).

ويأتي الاحتجاج لهذا في بيان اختيار الموفق لأنه اختاره.

القول الثاني: هو مختص بالسفر.

وهذا مذهب أهل الظاهر(٥)، وأجازوه في الحضر بدون شرط. وهو منسوب لمجاهد.

وحجة أصحاب هذا القول: قوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾(٦).

وحملوا الأحاديث الواردة في ذلك على أنه كان من غير شرط، وما ذكر من الشرط في حديث أبي رافع فضعيف؛ لأن في السند الربذي وهو ضعيف.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو عدم اختصاص السفر بالرهن وجوازه في الحضر. وهذا موافق لمذهب إمامه(٧).

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٥، الكافي جـ٢ ص ٨١٢، ٨١٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٧.
(٢) شرح فتح القدير جـ٩ ص ٦٥، والأم جـ٣ ص ١٢٢.
(٣) تكملة المجموع جـ١٢ ص ١٨٩.
(٤) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٤٥، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٢١.
(٥) المحلى جـ٨ ص ٨٨.
(٦) سورة البقرة جزء الآية ٢٨٣.
(٧) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٤٦، الكافي جـ٢ ص ١٣٦.

وأيده بما يلي:

١ ـ حديث ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا ورهنه درعه[1] ومات وهي عنده». وهذا كان في الحضر.

٢ ـ فعل الصحابة رضوان الله عليهم، وأشهر ذلك قصة علي بن أبي طالب واليهودي في رهن درعه رضي الله عنه في طعام. وفي ليلة قتل كعب ابن الأشرف وافقوا على رهن السلاح، ولو لم يعلم أن ذلك جائز عندهم لشعر أن الأمر خدعة.

٣ ـ ولأن الرهن وثيقة تجوز في السفر بلا خلاف فجازت في الحضر كالضمان؛ لحصول المقصود في كلا الحالين.

٤ ـ ذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب لكونه مظنة انعدام الكاتب.

قلت: والسنة الصحيحة الصريحة دلت على البيان، وما جاز بغير شرط جاز بالشرط ما لم يمنع منه مانع. ثم إن بالمسلمين حاجة إليه في الحضر وربما ساوت حاجتهم في السفر أو زادت.

المبحث الرابع

بيان الضابط فيما يصح رهنه وما لا يصح

فيه قولان للعلماء:

القول الأول: كل عين جاز بيعها جاز رهنها فيدخل المشاع وغيره.

---

(١) خرجه الشيخان: البخاري رقم ٢٥٠٩ في الرهن باب من رهن درعه كما في الفتح جـ ٥ ص١٤٢، ومسلم رقم ١٦٠٣ في المساقاة باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] . وحجتهم:

١ - أن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن. وهذا يتحقق من كل عين جاز بيعها.

٢ - ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكم الرهن، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط. فينتفي الحكم لانتفائه. وبناء على هذا اختار ابن قدامة الرأي القائل بصحة رهن المشاع لذلك، كما يأتي.

القول الثاني: لا يجوز رهن المشاع.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤] . وحجته:

أ - لأن المقصود من الرهن الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه؛ لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته.

ب - ولأن استدامة القبض في الرهن شرط. وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

واختار ابن قدامة القول[٥] الأول، وهو موافق للمذهب.

وعلل صحة اختياره بما يلي:

١ - أن المشاع عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة. أي

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ص ٧٨، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٣، الكافي جـ٢ ص ٨١٣.
(٢) تكملة المجموع جـ١٢ ص ١٩٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٣٩، الأم جـ٣ ص ١٢٢.
(٣) المغني جـ٤ص ٢٥٤، الإنصاف جـ٥ ص ١٤٠، ١٤١، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٢١.
(٤) الهداية مع شروحها جـ٩ ص٨٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٨٩.
(٥) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٥٤، الكافي جـ٢ ص ١٢٨، المقنع جـ٢ ص ١٠٢.

فيمكن الاستيفاء من قيمتها بغض النظر عن عينها.

٢ ـ لا نسلم أن مقصوده الحبس، بل المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك.

٣ ـ أنه يبطل ما ذكره برهن القاتل والمرتد والمغصوب، ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية فإنه يصح عندهم.

٤ ـ أن من المجمع عليه أن غنمه للراهن وغرمه عليه؛ فيمكن الاستفادة من العين المرهونة بالشرائط المعلومة مع بقاء الملكية. وكونها تنتزع لحق الشريك لا يفوت تعلق حق الآخر بها.

* * *



الفصل الثاني

بيان ما يعتبر في الرهن من الصفات

وتحته مبحثان:

المبحث الأول

الشروط الصحيحة والفاسدة في الرهن

المطلب الأول: الشروط الصحيحة:

أ ـ المتفق عليه منها:

١ ـ اشتراط كون الرهن على يد عدل أو أكثر.

٢ ـ اشتراط أن يبيعه العدل ويستوفي منه عند حلول الحق وعدم الوفاء.

٣ ـ اعتبار قيمة المرهون بأن يكون ذا قيمة تقارب سداد الدين، فإذا شرط المرتهن ذلك فلا بأس.

٤ ـ اشتراط مايصلح للرهن.

٥ ـ كون الراهن أهلاً للتصرف.

٦ ـ أن تكون العين المرهونة قابلة للبيع عند حلول الأجل.

ب ـ المختلف فيه:

اختلف الفقهاء في ما لو شرط المرتهن أن يبيع الرهن ويستوفي منه عند

الحلول؟ على قولين:

القول الأول: يصح مثل هذا الشرط.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: لا يصح.

وهذا مذهب الشافعي[٤].

وحجته: أن مثل هذا توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه.

ووجه التنافي: أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن، والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول وهو موافق للمذهب[٥].

وأيده بما يلي:

١ - أن ماجاز توكيل غير المرتهن فيه يجوز توكيله فيه كبيع عين أخرى.

٢ - وأن ما جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل.

٣ - لا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقًا له وهو

(١) الكافي جـ٢ ص ٨٢٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٧٨، ٧٩.
(٢) الهداية جـ٤ ص ١٢٧ وما بعدها.
(٣) المغني جـ٤ ص ٢٨٦، الإنصاف جـ٥ ص ١٥٧.
(٤) تكملة المجموع جـ١٢ ص٢٣٧، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٣٥، الأم جـ٣ ص ١٣٧، ١٣٨.
(٥) المغني جـ٢ ص ٢٨٦، الكافي جـ٢ ص ١٥٧، المقنع جـ٢ ص ١٠٨.

استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع .

قلت : والأولى عدم صحة هذا الشرط بإطلاق لاحتمال تساهل المرتهن في البيع أو محاباة قريب أونحو ذلك مما لا يبعد عن الحيلة ، لكن لو شرط أن يباع عن طريق أمين فله ذلك على وجه لا يضر بالراهن ؛ لأن هذه نتيجة قد يصل إليها المرتهن عند عجز الراهن فكأنه تحصيل حاصل .

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة:

وضع لها ابن قدامة قاعدة سار عليها حيث قال :

مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن . ومن أمثلة ذلك :

١ ـ أن يشترط أن لا يباع الرهن عند حلول الحق .

٢ ـ أن لا يستوفي الدين من ثمنه .

٣ ـ أن لا يباع ما خيف تلفه ويحتفظ بقيمته كالبطيخ المرهون .

٤ ـ أو بيع الرهن بأي ثمن كان .

٥ ـ أو ألا يبيعه إلا بما يرضيه .

فهذه ونحوها شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى عقد الرهن .

فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، ويلحق بهذه الشروط كل ما نافى المقصود من الرهن .

وهنا مسألة جديرة بالبحث وهي ما إذا شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليه ، وعلى هذا كثير من الناس .

قال ابن قدامة هذا فاسد . وحكى على هذا الإجماع .

واستدل لذلك بما يلي :

١ ـ ما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : «**لا يَغلق الرهن**»[١] .

وسأل الأثرم الإمام أحمد عن معنى الحديث : «**لا يغلق الرهن**» ـ قال : لا يدفع رهنًا إلى رجل ويقول : إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا ، وإلا فالرهن لك .

وقال ابن المنذر : هذا معناه عند أحمد[٢] ، ومالك[٣] ، والثوري .

٢ ـ وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر : أن رجلاً رهن دارًا بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال ـ أي المرتهن ـ : رهن منزلي ومعنى منزلي أي صار ملكي . فقال النبي ﷺ : «**لا يغلق الرهن**»[٤] .

٣ ـ ولأنه علق البيع على شرط والبيع المعلق على شرط لا يصح وهذا الشرط يسبب فساد الرهن[٥] .

ثم يمكنه عند عجزه عن التسديد في الوقت المحدد أن يشدد المطالبة بحقه

---

(١) خرجه مالك في الموطأ مرسلاً في الأقضية باب ما لا يجوز من غلق الرهن . قال الزرقاني : قال ابن عبد البر : أرسله رواة الموطأ إلا معن بن عيسى فوصله عن أبي هريرة . وتقدم ذكره في التلخيص الحبير وصحح الوصل ، إلا أن فيه راويًا ضعيفًا ، لكن يعضد معناه الإجماع .

(٢) انظر : المغني جـ٤ ص ٢٨٧ .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٤) خرجه البيهقي في الرهن باب ما روي في غلق الرهن جـ٦ ص ٤٤ وقال : هذا مرسل . قلت : معناه صحيح يعضده رواية مالك عن ابن المسيب وابن حبان والدارقطني والحاكم عن أبي هريرة .

(٥) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٨٧ .

وللقاضي إجباره على التسديد أو بيع الرهن للوفاء. فحقه إذًا مضمون ولكن بالطريقة الصحيحة.

المبحث الثاني

بيان متى يكون الرهن لازمًا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يلزم الرهن إلا بالقبض.

وهذا مذهب أبي حنيفة [1]، والشافعي [2]، والمشهور من مذهب أحمد [3]. فالقبض عندهم شرط صحة. وهذا مذهب أهل الظاهر [4].

القول الثاني: يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض، فالقبض شرط تمام.

وهذا مذهب مالك [5]، ورواية ثانية عن أحمد [6].

وحجة مالك: القياس على البيع فكلاهما عقد يلزم بالقبض فلزم قبله.

القول الثالث: التفصيل: فما كان مكيلاً أو موزونًا فلا يلزم الرهن فيه إلا بالقبض، وما لم يكن كذلك فيلزم بمجرد العقد.

وهذا قول لبعض أصحاب أحمد [7].

---

(١) شرح الهداية جـ٩ ص ٦٦ وما بعدها، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٧٩.

(٢) الأم جـ٣ ص ١٢٣، تكملة المجموع جـ١٢ ص ١٩٨، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٥٣.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٤٧، الإنصاف جـ٥ ص ١٤٩، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٣٠.

(٤) المحلى جـ٨ ص ٨٨.

(٥) الكافي جـ٢ ص ٨١٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٠.

(٦)، (٧) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٤٧، الإنصاف جـ٥ ص ١٤٩، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٣٠.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[١] . وهو موافق لأصل مذهب إمامه .

وأيده بما يلي :

١ ـ قوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [٢]، وفي قراءة : ﴿ **فرهن مقبوضة** ﴾ .

٢ ـ أن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض .

٣ ـ ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه كما لو مات الراهن .

وعلل الترجيح: بإسقاط قياس مالك بقوله : ولا يشبه البيع فإنه معاوضة وليس بإرفاق .

والذي ترجح بالبحث أن قبض كل شيء بحسبه ، وأن توقيع الأوراق الدالة على الرهن مثلاً وتوثيقها تكفي في حصول الرهن .

ويتفرع على هذه المسألة مسألة أخرى وهي : هل حكم استدامة القبض شرط للزوم الرهن؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: يشترط استدامة القبض للرهن حتى النهاية والفكاك ، وأي تصرف من بيع أو إجارة أو نحو ذلك تخرجه عن لزومه .

وهذا مذهب مالك[٣]، وأبي حنيفة[٤]، وأحمد[٥] . وهو قول أهل الظاهر[٦] .

---

(١) راجع : المغني جـ٤ ص ٢٤٧ ، الكافي جـ٢ ص ١٣٠ ، المقنع جـ٢ ص ١٠٣ ، العمدة ص ٢٤٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣ .

(٣) الكافي جـ٢ ص ٨١٣، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٥ .

(٤) شرح الهداية جـ٩ ص ٧٠ ، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٤٧٩ .

(٥) المغني جـ٤ ص ٢٧٠ ، الإنصاف جـ٥ ص ١٥٢ ، كشاف القناع جـ٣ ص٣٣٣ .

(٦) انظر : المحلى جـ٨ ص٨٩ .

القول الثاني: استدامة القبض ليست شرطًا.

وهذا مذهب الشافعي[١].

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول، وهو موافق لمذهب إمامه[٢].

وأيده بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾[٣]. أي حتى الخلوص من الدين وفكاك الرهن؛ فلا يجوز أن يتعلق به حق لغيره، لأن المشغول لا يشغل.

٢ ـ أن الرهن يراد به الاستيثاق وإمكان الاستيفاء من ثمنه أو بعضه عند الحلول وعدم الوفاء. وإذا خرج عن يده لم يحصل المقصود، وبهذا يفارق نحو الهبة.

قلت: أما إخراجه عن يده بالكلية فغير مقبول.

وأما الاستفادة منه بنحو إجارة فلا أرى مانعًا في ذلك مع بقاء العين وإمكان حصول المقصود من رهنها. وهذا لا يسمى إخراجًا لها فالقبض في كل شيء بحسبه، والاستفادة منه لا تعني إخراجه عن القبض.

❊ ❊ ❊

---

(١) تكملة المجموع جـ١٢ ص ٢٠٥، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٧٠، الأم جـ٣ ص ١٢٤.

(٢) راجع: المغني جـ٤ ص ٢٧٠، الكافي جـ٢ ص ١٣٤، المقنع جـ٢ ص١٠٢.

(٣) جزء الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.



الفصل الثالث

الانتفاع بالرهن وبيان مؤنته على من تكون

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

حكم انتفاع المرتهن من العين المرهونة

يقسم ابن قدامة العين المرهونة من حيث الحاجة إلى مؤنة وعدمها إلى قسمين:

أحدهما: ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال، ثم قال: لا نعلم في هذا خلافًا، وعلل له: بأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه.

ثم تعرض لما إذا أذن له فقال: إن كان الإذن بدون عوض وكان دين الرهن قرضًا لم يجز؛ لأنه توصل إلى «قرض جر نفعًا» وهذا محرم، وإن لم يكن دين الرهن قرضًا فلا بأس.

وفي هذه الحال إذا اشترط المرتهن أن ينتفع بالرهن.

قال ابن قدامة: فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى الرهن.

وذكر قولين آخرين:

الأول: نسبه للإمام أحمد وهو جواز مثل هذا في المبيع، وصورته إذا قال: بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهرًا فيكون بيعًا وإجارة - فهو صحيح[١].

أما إذا أطلق فلا يجوز لجهالة ثمنه.

الثاني: نسبه للإمام مالك قال: لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين، وكرهه في الحيوان والثياب والقرض[٢].

❑ اختيار ابن قدامة:

واختار ابن قدامة ما ذهب إليه أحمد من المنع مطلقًا معللاً ذلك بأنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح، كما لو شرطه في القرض[٣].

ثانيهما: ما يحتاج فيه إلى مؤنة:

إن كان الذي ينفق على العين المرهونة مالكها فلا يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة.

وإذا أذن له في الإنفاق والانتفاع بقدره جاز الانتفاع في القدر المأذون فيه.

فإذا لم يأذن له الراهن فهل يجوز له أن ينتفع بالعين المرهونة بقدر مؤنتها أم لا؟

يجيب ابن قدامة على هذا السؤال فيقول:

---

(١) المغني جـ٤ ص ٢٨٩.

(٢) راجع: الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ١٨٥.

(٣) راجع: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٢٨٩، العمدة ص ٢٤٧، الكافي جـ٢ ص١٤٧، المقنع جـ٢ ص١١٠.

الرهن لا يخلو من حالين: إما أن يكون محلوبًا ومركوبًا أو غيرهما.

فإن كان محلوبًا أو مركوبًا، فيرى ابن قدامة أن للمرتهن أن ينفق عليه ويحلب بقدر نفقته متحريًا للعدل في ذلك. ويقول إن هذا منصوص أحمد[١].

ولكنه يروي عنه رواية أخرى: لا يحتسب له بما أنفق وهو مقطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء.

وهذا قول الأئمة: مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤].

ويستندون إلى:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه**»[٥].

٢ ـ ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن.

وابن قدامة يؤيد ما ذهب إليه أولاً من الجواز[٦] بقدر الحاجة مع النظر إلى العدل.

ومستنده الذي يعتمد عليه:

---

(١) راجع: المغني جـ٢ ص ٢٩٠، الإنصاف جـ٥ ص ١٧٢، كشاف القناع جـ٣ ص٣٥٥.
(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٦، الكافي جـ٢ ص ٨١٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٢.
(٣) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٨٢، شرح فتح الهداية جـ٩ ص ٧٩.
(٤) تكملة المجموع جـ١٢ ص ٢٣٩، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٦٥، الأم جـ٣ ص ١٣٧.
(٥) انظر: جامع الأصول رقم ٢٦٤٢ في الرهن جـ٤ ص ٥٣٦.
(٦) راجع: المغني جـ٤ ص ٢١٠، والكافي، والمقنع، والعمدة كما سبقت الإشارة في المسألة السابقة ص ١٨٦ من هذا البحث.

١ ـ قول الرسول ﷺ فيما رواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**»[١] .

فقد جعل منفعته بنفقته، وهذا محل النزاع.

وحمل الحديث على غير ما يفهم منه خطأ من وجهين:

أحدهما: ما روي في بعض الألفاظ: «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته**»[٢] . فجعل المنفق المرتهن. فيكون هو المنتفع.

ثانيهما : أن قوله: «**بنفقته**» يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة، بل بطريق الأصل.

٢ ـ أن للمرتهن فيه حقًا وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك قياسًا على جواز أخذ المرأة من مال زوجها قدر النفقة الواجبة إذا كان بخيلاً.

٣ ـ ثم إن للمرتهن ولاية صرف النماء إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته.

وخص ابن قدامة هذا الجواز فيمن أنفق محتسبًا بالرجوع، فأما إن أنفق متبرعًا بغير نية الرجوع لم ينتفع به ـ رواية واحدة.

ـ أما غير المركوب والمحلوب كالدار ونحوها فالمختار عند ابن قدامة عدم

---

(١) انظر: جامع الأصول رقم ٢٦٤١ في الرهن، وذكر المعلق أسماء الأبواب والكتب جـ٤ ص٥٣٥.

(٢) البيهقي في السنن الكبرى في الرهن باب ما جاء في زيادات الرهن جـ٦ ص ٣٨.

الانتفاع للمرتهن سواء أنفق على إصلاحها شيئًا أم لم ينفق.

واستدل على ذلك بما رواه الأثرم عن الإمام أحمد قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه، فقال: الرهن لا ينتفع منه بشيء إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف، قلت له: فإن كان اللبن والركوب أكثر. قال: لا، إلا بقدر[1].

المبحث الثاني

حكم نتاج الرهن وما في حكمه عند الإطلاق

فيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم نماء الرهن المتصل والمنفصل هل يدخل في حكم الرهن فتسري عليه أحكام أصله؟

توضيحه بالمثال: غلة الدار، وكسب الرقيق، وحمل الشاة ونحوها، وثمرة الشجرة. مما كان مرهونًا أصله.

ذكر ابن قدامة في حكم دخول النماء والكسب في الرهن أربعة أقوال:

القول الأول: دخول الولد تبعًا في حكم الرهن دون سائر النماء وهذا مذهب مالك[2].

وعلل دخول الولد في حكم العين المرهونة بأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد.

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٤ ص ٢٩٠.

(٢) الكافي جـ٢ ص ٨١٥، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨١.

وكأن مالكًا يشترط في دخول النماء المنفصل في الرهن أن يكون النماء على صورة الرهن وخلقته كولد الجارية، ولا يدخل نمو الثمر في رهن الشجر.

القول الثاني: قالوا بالتفريق بين النماء والكسب فالنماء وهو للراهن يدخل والكسب لا. وهذا مذهب أبي حنيفة[١].

وعللوا لخروج الكسب بأنه في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كأعيان مال الراهن. وبه قال الثوري[٢].

القول الثالث: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب. وهذا مذهب الشافعي[٣].

وعلل لذلك:

١ ـ بأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسري إلى غيره كحق الجناية.

٢ ـ قوله ﷺ: «**الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه**»[٤].

والنماء غنم فيكون للراهن.

٣ ـ ولأنها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن، فلم تكن رهنًا كسائر ماله. ووافقه أبو ثور وابن المنذر وأهل الظاهر[٥].

القول الرابع: دخول النماء متصلاً ومنفصلاً والكسب وجميع غلة العين المرهونة في حكم الرهن. وهذا مذهب أحمد[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٥٢١، شرح الهداية جـ٩ ص ١٢٩، ١٣٠.

(٢) المغني جـ٤ ص ٢٩١.

(٣) تكملة المجموع جـ١٢ ص ٢٤١، نهاية المحتاج جـ٤ ص٢٨٩.

(٤) جامع الأصول رقم ٢٦٤٢. وتقدم تخريجه.

(٥) المحلى جـ٨ ص٩٠.

(٦) المغني جـ٤ ص ٢٩١، الإنصاف جـ٥ ص ١٥٨، كشاف القناع جـ٣ص ٣٢٩.

وهذا اختيار موفق الدين ابن قدامة: قال: وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل، سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر.

ولم يذكر ابن قدامة أدلة على ما ذهب إليه، وإنما رد أدلة المخالفين لمذهبه ليعلل بذلك ترجيحه عليها فقال:

١ ـ ردًا على مالك: إنه نماء حادث من عين الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد. ولعله اعتمد على القاعدة الفقهية: التابع تابع.

٢ ـ أما الأحناف فقال في الرد عليهم: الرهن عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء.

٣ ـ ورد على الشافعي فقال:

أ ـ الحديث الذي هو عمدتكم نحن نصححه ونقول به، فالغنم والنماء والكسب الناتج عن الرهن هو للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل؛ فإنه للراهن والحق متعلق به.

ب ـ أما القياس على حق الجناية فإنه يختلف عما نحن فيه من وجوه:

١ ـ أن حق الجناية ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه.

٢ ـ ولأنه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص.

٣ ـ ولأن السراية لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه.

جـ ـ أما قولهم: إن النماء عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليه عقد

رهن؛ فلم يكن رهنًا كسائر ماله.

فرده ابن قدامة بما يلي:

١ ـ أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره.

٢ ـ ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل.

٣ ـ ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضى المالك فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد[١].

وهذا كلام علمي في غاية الدقة والإتقان.

المطلب الثاني: ما يدخل تبعًا في العين المرهونة؟

كمن ارتهن أرضًا أو دارًا أو نحوهما فما الذي يتبع المرهون؟.

قعد ابن قدامة قاعدة في هذه المسألة فقال: يتبع في الرهن ما يتبع في البيع، فتدخل الطريق والمنافع كالسواقي والفناء للدار.

وكل ما حكم العرف أنه تابع للعين معها في البيع عند الإطلاق دخل في الرهن، وبخاصة ما كانت مصلحة العين تتعطل بدون وجوده[٢].

وهذا مجمع عليه في الجملة.

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٢٩١، ٢٩٢، الكافي جـ٢ ص ١٤١، العمدة ص٢٤٧.

(٢) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٩٢.

المبحث الثالث

حكم انتفاع الراهن بالرهن

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن الراهن محبوس عن الانتفاع بالرهن. فلا يستخدم خادمه ولا يطأ جاريته ولا يسكن داره المرهونة ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غير ذلك إلا برضى المرتهن. وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، وأحمد[٢].

القول الثاني: للراهن إجارة الرهن وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين. وهذا مذهب مالك[٣]، والشافعي[٤].

كما أنه ليس من حقه استخدام ينقص الرهن.

وبنوا ما ذهبوا إليه على ما يلي:

١ ـ أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه.

٢ ـ ولأنه عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه، فله نوع انتفاع لا ينقص قيمة الرهن. وبهذا قال أهل الظاهر[٥].

❑ **اختيار ابن قدامة:**

الذي اختاره الموفق ابن قدامة: عدم جواز انتفاع الراهن بالرهن إلا

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٨٢، شرح الهداية تكملة فتح القدير جـ٩ ص٧٩.
(٢) راجع: المغني جـ٤ ص٢٩٣، الإنصاف جـ٥ ص ١٥٣، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٣٤.
(٣) الكافي جـ٢ ص ٨١٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٢، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٦، ٢٤٧.
(٤) تكملة المجموع جـ١٢ ص٢٤٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٦٥.
(٥) المحلى جـ٨ ص٨٩.

بإذن المرتهن.

ويرى بأن المنافع يجب تعطيلها. فإن كانت دارًا أغلقت، وإن كان عبدًا أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن.

والعجيب أن ابن قدامة يقول في معرض الرد على من منع الراهن من التصرف في العين المرهونة إذا كان بإذن المرتهن وأن ذلك مخرج للعين من الرهن - قال: ولنا - أي في صحة التصرف المأذون فيه - أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن.

ثم يمضي ويقول: وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال. ثم هي عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارتها كالعبد إذا ضمن بإذن سيده[1].

فكيف نجمع بين هذا وبين أن يطلق المنع من التصرف للراهن في الرهن؟ لعل في الأمر شيئًا من التناقض والله أعلم.

قلت: وإنني أؤيد القول بجواز تصرف الراهن في الرهن بما لا يخرجه عن صفته ولا يمنع من استيفاء الحق عند حلوله؛ حتى لو أدى إلى أن يكون الكسب الناتج مرهونًا فلا مانع فهو خير عندي من التعطيل بالكلية، اللهم إلا إذا كان التصرف يخرج العين عن صفتها أو يمنع من استيفاء الحق عند حلوله.

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٢٩٣، الكافي جـ٢ ص ١٤٣، المقنع جـ٢ ص١٠٤.

ثم إن إيجار العين المرهونة مثلاً يساعد على قضاء الدين والإسراع بفك الرهن وهو مطلوب .

المبحث الرابع

مؤنة الرهن ومن يتحملها

وتحته أربعة مطالب :

المطلب الأول: إذا كانت حاجة الرهن إلى طعام وكسوة ومسكن وحافظ وحرز ومخزن وما شابه ذلك. فمن الضامن؟

يجيب ابن قدامة على هذا بأن المسألة فيها خلاف على قولين :

القول الأول: هي على الراهن .

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] .

القول الثاني: أجرة المسكن والحافظ على المرتهن .

وهو مذهب أبي حنيفة[٤] .

واستدل على تخصيص هذين الأمرين بأنه من مؤنة إمساكه وارتهانه .

ولأن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه ، أما ما كان من شأن إصلاح المرهون فعلى الراهن .

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٧ ، الكافي جـ٢ ص ٨١٦ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٤ .

(٢) تكملة المجموع جـ١٢ ص ٢٤٩ وما بعدها ، وص٢٥٤ ، ونهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٨٠ .

(٣) المغني جـ٤ ص ٢٩٤ ، الإنصاف جـ٥ ص ١٥٤ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٣٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٨٧ ، شرح الهداية جـ٩ ص ٧٩ ، ٨٠ .

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة الرأي الأول وهو موافق لمذهب إمامه[١] . واستدل له بما يلي :

١ ـ قول النبي ﷺ : «**الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه**»[٢] .

٢ ـ ولأنه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام .

٣ ـ أما قول الأحناف بأن يد المرتهن يد ضمان فلا دليل عليه ، بل يده يد أمان إلا إذا فرط . والله أعلم .

المطلب الثاني: إذا كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ :

فابن قدامة يرى أن ذلك على الراهن .

ويلحق بذلك كل ما احتاجت إليه من تجفيف ونحوه فإن أجرته على الراهن .

ويرجع في حاجة الثمرة إلى سقي أو تجفيف أو أنها تباع رطبًا مثلاً وما شابه ذلك ـ إلى العرف والعادة[٣] .

المطلب الثالث: إذا كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل مثلاً فما الحكم؟

يرى ابن قدامة رحمه الله أن الراهن لا يجبر عليه . ويعلل له بما يلي :

١ ـ بأن ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن .

---

(١) المغني جـ٤ ص ٢٩٤ ، الكافي جـ٢ ص ١٤٦ ، المقنع جـ٢ ص ١٠٦ ، العمدة ص٢٤٧ .
(٢) جامع الأصول رقم ٢٦٤٢ .
(٣) راجع : المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٩٤ .

٢ ـ ولأنه ليس مما يحتاج إليه لبقاء العين المرهونة.

لكن لو احتاجت إلى من يرعاها فيلزم الراهن إقامة من يقوم برعيها لجريان ذلك مجرى علفها[(١)]. ولعل للعرف في كل ذلك دخلاً كبيراً.

المطلب الرابع: إذا كان الرهن نخلاً واحتاج إلى التأبير فعلى من يكون؟

يرى ابن قدامة أن التأبير على الراهن وليس من حق المرتهن منع الراهن؛ لأن فيه مصلحة بغير مضرة.

ويلحق بهذا كل ما شابهه كحاجة العنب إلى زبار، ونحو ذلك.

وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجبره الحاكم عليها، وإن لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله وإلا فمن الرهن.

وتعرض ابن قدامة لمسألة ما إذا أنفق المرتهن على الرهن فاختلف مع الراهن فقال الراهن: أنفقتَ متبرعًا، وقال المرتهن: بل أنفقت محتسبًا بالرجوع.

فإن كانت النفقة مما يتوقف عليها الرهن فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الخلاف في نيته وهو أعلم ولا اطلاع لغيره من الناس عليها.

أما إذا كانت المؤنة لا تلزم الراهن فليس للمرتهن حق الرجوع سواء أنفق محتسبًا بالرجوع أو متبرعًا[(٢)].

* * *

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٩٥.

(٢) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٢٩٦، ٢٩٧.



الفصل الرابع

بيان الحكم إذا هلك الرهن أو حل الدين ولم يوفه حقه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

بيان الحكم إذا هلك الرهن في يد المرتهن

اتفقت كلمة أهل العلم على حالة في هذه المسألة واختلفت على أخرى ، فالحالة التي اتفقوا على الحكم فيها هي : ما إذا تعدى المرتهن على الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فإنه يضمن .

ودلل ابن قدامة على هذا بدليلين :

أحدهما: إجماع أهل العلم على ذلك حيث ساق الحكم ثم قال : ولا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافًا[1] .

ثانيهما: أن الرهن أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريط كالوديعة .

الحالة الثانية: وهي ما إذا تلف من غير تعد منه ولا تفريط فهل يضمنه؟

---

(١) حكاه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٢٩٧ . وانظر : الإفصاح جـ١ ص ٣٧٠ .

وحاصل الأقوال في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أن المرتهن لا يضمن الرهن.

وهذا مذهب الشافعي(١)، وأحمد(٢).

وهذا قول الإمام علي رضي الله عنه وبه قال أيضًا: عطاء، والزهري، والأوزاعي، وأبو ثور، وابن المنذر. واختاره ابن قدامة رحمه الله، وهو مذهب أهل الظاهر(٣).

واستدل له بالأدلة التالية:

١ ـ ما رواه ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه**»(٤).

٢ ـ ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد.

٣ ـ ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة.

القول الثاني:

وهو مذهب مالك(٥)، والأحناف(٦)، وشريح، والنخعي، والحسن والثوري(٧): وجوب الضمان ثم اختلفوا في القدر الذي يضمنه المرتهن:

---

(١) تكملة المجموع جـ١٢ ص ٢٦٣، نهاية المحتاج جـ٤ ص٢٨١، ٢٩٤.

(٢) راجع: المغني كما سبق، الإنصاف جـ٥ ص ١٦٠، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٤٢.

(٣) المحلى جـ٨ ص ٩٩.

(٤) انظر: تخريج هذه الرواية في التلخيص الحبير في الرهن رقم ٦ جـ٣ ص٤٢. والبيهقي في الرهن باب الرهن غير مضمون جـ٦ ص٣٩.

(٥) الكافي جـ٢ ص ٨١٦، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٧، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٤.

(٦) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٤٧٩، ٤٨٠، شرح فتح القدير جـ٩ ص ٧٥.

(٧) المغني كما سبق.

١ ـ فذهب كل من شريح والنخعي والحسن إلى أن المرتهن يضمن الرهن بجميع الدين وإن كان أكثر من قيمته.

واستدلوا بقوله ﷺ: «**الرهن بما فيه**»[١].

٢ ـ وذهب مالك إلى التفريق بين هلاك الرهن بأمر ظاهر كالموت والحريق، فالضمان على الراهن. وبين الهلاك بأمر خفي، فيضمنه المرتهن. وعليه فالأموال الخفية تضمن والظاهرة كالمواشي لاضمان فيها.

٣ ـ وذهب الثوري والأحناف إلى وجوب الضمان بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين.

قال ابن قدامة: وهذا الرأي مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وحجتهم:

١ ـ ما رواه عطاء: «أن رجلاً رهن فرسًا فنفق عند المرتهن فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال: **ذهب حقك**»[٢].

٢ ـ ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي.

٣ ـ ولأنه محبوس بدين فكان مضمونًا كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

□ اختيار ابن قدامة:

واختار ابن قدامة الرأي الأول[٣] القائل بعدم وجوب الضمان عليه وعلل

---

(١) خرجه البيهقي بسند منقطع في الرهن باب من قال: الرهن مضمون جـ٦ ص ٤٠.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي في الرهن باب من قال: الرهن مضمون جـ٦ ص ٤١. قال: وقد كفانا الشافعي رحمه الله بيان وهن هذا الحديث.

(٣) راجع: ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٤ ص ٢٩٧، والكافي جـ٢ ص ١٦٥، والمقنع جـ٢ ص ١٠٦، العمدة ص٢٤٧.

اختياره بما يلي :

١ ـ حديث عطاء الذي احتج به الأحناف مرسل ، وقول عطاء يخالفه .

ثم بين ابن قدامة وجه إرساله فقال : قال الدارقطني : يرويه إسماعيل بن أمية ، وكان كذابًا . وقيل : يرويه مصعب بن ثابت ، وكان ضعيفًا .

ثم الحديث محتمل وجهًا آخر إذ ربما كان المراد أنه ذهب حقك من الوثيقة بدليل : أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس .

وقولهم كالمستوفي : فقد صار ملكًا للمستوفي له نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه ، بخلاف الرهن ، والبيع قبل القبض ممنوع .

٢ ـ أما حديث أنس الذي احتج به شريح ومن وافقه «**الرهن بما فيه**»[١]ـ فهو كذلك محتمل إذ يجوز حمله على أنه محبوس بما فيه .

قلت: وما اختاره الموفق فهو أوفق الآراء ، وخصوصًا إذا شددنا موضوع التحقيق في الأمر وتبين لنا ألا علاقة للمرتهن بهلاك الرهن ، فهو كما إذا هلك في يد صاحبه ثم يده يد أمان وليست يد ضمان ؛ وفي نظري أن قول مالك جيد . فإن ادعى هلاكه بأمر ظاهر قبل وإن لم يدع ذلك دين وحلف وقبل قوله على أصح الأقوال ؛ لأن يده يد أمان ، ولو علم كل مرتهن أن الرهن إذا هلك عنده من غير تفريط يضمنه لامتنع عنه ؛ مما يسد باب البيع إلى أجل .

(١) خرجه البيهقي بسند منقطع جـ٦ ص ٤٠ .

المبحث الثاني

الحكم إذا حل دين الرهن

إذا حل دين الرهن وجب على الراهن سداده فإن سده انفك الرهن، وإن امتنع أو ضاق ماله لفلس ونحوه فما الحكم؟

أ ـ إذا امتنع فإن كان قد أذن في بيع الرهن بيع ووفى الحق من ثمنه وما فضل فلمالكه، وإن بقي شيء من الدين فعلى الراهن.

وإن لم يكن أذن طولب بالوفاء، فإن امتنع باعه الحاكم ووفى ما عليه على الوجه السابق. وإنما قلنا بتولي الحاكم منعًا لإيقاع الضرر والحاكم يعمل على مصلحة الجميع لأن هذا الأصل في الولاية.

ب ـ أما إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم، فأول من يقدم من له أرش جناية تتعلق بمال المدين.

ثم من له رهن فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء؛ لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معًا، وسائرهم يتعلق حقه بذمة الراهن دون العين فكان حق المرتهن أقوى.

قال ابن قدامة: وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء، ولا نعلم في هذا خلافًا[1].

* * *

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣٠٣.



الباب السادس

الحجر والتفليس



الباب السادس

الحجر والتفليس

وفيه فصلان:

الفصل الأول

الحجر

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول

تعريفه ودليل مشروعيته

تعريفه: أ ـ التعريف اللغوي:

الحجر لغة: المنع والتضييق[١]. ومنه سمي الحرام حجراً.

قال الله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾[٢]، أي حرام محرمًا.

وسمي العقل حجرًا لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته. قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾[٣].

---

(١) القاموس المحيط فصل الحاء باب الراء جـ٢ ص٤.

(٢) بعض الآية ٢٢ من سورة الفرقان.

(٣) سورة الفجر الآية ٥.

ب ـ التعريف الاصطلاحي:

منع الإنسان من التصرف في ماله[١] لسبب معين إلى مدة معينة ـ وهي زوال سببه.

ويقسمه ابن قدامة إلى قسمين:

١ ـ حجر على الإنسان لحق نفسه. كالحجر على الصغير حتى يرشد، وعلى المجنون حتى يعقل، وعلى السفيه حتى يزول سفهه.

٢ ـ حجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث، أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته، وعلى المكاتب والرقيق لحق سيدهما.

والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن.

ولكل من هذه الأمور باب تذكر فيه أحكامه.

أما الحجر على الإنسان لحق نفسه فيختص بثلاثة: الصبي، المجنون، السفيه.

وإذا أطلق الحجر انصرف إلى المحجور عليهم لحظ النفس أما الحجر لحظ الغير فينص عليه بقولنا: الحجر على المفلس.

بيان الأصل في الحجر: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ

---

(١) انظر:المغني جـ٤ ص٣٤٣.

اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا (٥) وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾[1] .

قال سعيد بن جبير وعكرمة: هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وأنفق عليه.

وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم؛ لأنهم قوامها ومدبروها[2] .

المبحث الثاني

في شروط دفع مال المحجور عليه إليه

يشترط في رد مال المحجور عليه لحظ نفسه إليه، إذا رشد السفيه وبلغ الصغير مبلغ الرجال والنساء المستفاد من قوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾، وعقل المجنون، والدليل على هذا:

١ - الإجماع المنعقد على ذلك - قال ابن قدامة: وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى. قال ابن المنذر: اتفقوا على ذلك[3] .

---

(١) سورة النساءالآيتان ٥ ،٦ .

(٢) راجع: المغني جـ٤ ص ٣٤٣.

(٣) المرجع السابق. وانظر: الإفصاح جـ١ ص ٣٧٦. الإجماع لابن المنذر ص١٢٥ .

٢ ـ أن الله أمر في كتابه بقوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1] .

٣ ـ ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظًا لما له عليه.

المبحث الثالث

اشتراط حكم الحاكم لفك الحجر عن المحجور عليه لحظ نفسه

ذكر ابن قدامة الحكم مفصلاً فقال:

١ ـ أما المجنون فلا يعتبر في زوال الحجر عنه إذا عقل حكم حاكم بغير خلاف.

٢ ـ أما الصبي إذا رشد وبلغ فنقل ابن قدامة فيه الخلاف على قولين:

القول الأول: لا يفتقر إلى حكم الحاكم في فك الحجر عنه.

وهذا مذهب الشافعي[2] ، وأحمد[3] .

القول الثاني: لا يزول الحكم إلا بحكم الحاكم؛ لأنه موضع اجتهاد ونظر، فإنه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد إلى اجتهاد، فيوقف ذلك على حكم الحاكم ـ كزوال الحجر عن السفيه.

---

(١) سورة النساء آية ٥ .

(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٦٦، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٧.

(٣) المغني جـ٤ ص ٣٤٣، الإنصاف جـ٥ ص ٣٢٠، وكشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٣.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، وبعض أصحاب الشافعي[٣].

❐ اختيار ابن قدامة وحجته:

اختار ابن قدامة الرأي الأول القائل بعدم حاجة الصبي إذا بلغ إلى حكم الحاكم في فك الحجر عنه[٤]، وهو موافق لمذهب إمامه.

وحجته:

١ـ أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ وإيناس الرشد. فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم، وهذا خلاف النص.

٢ـ ولأنه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون، وبهذا فارق السفيه.

هكذا رأي ابن قدامة، وهو متمشي مع النص وما يفهم منه.

لكن الاحتياط تدخل الحاكم ففيه براءة ساحة الولي وفيه إعلان فك الحجر عن الصبي ليطمئن الناس إلى معاملته.

وبهذا يتبين حكم تدخل الحاكم في فك الحجر عن السفيه وأنه شرط فيه.
وحاصل أقسام الحجر لحق النفس من حيث تدخل الحاكم وعدمه ثلاثة:

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ص ٩٧، بداية المجتهد جـ٢ص ٢٥١، الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٨٣٢.

(٢) شرح فتح القدير جـ٨ ص١٨٦، مختصر الطحاوي ص٩٨، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٤٤.

(٣) المراجع السابقة في مذهب الشافعي.

(٤) راجع: المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٤٤، والكافي جـ ٢ ص ١٩٣، المقنع بحاشيته جـ٢ ص١٣٩.

١ ـ قسم لا يزول إلا بحكم الحاكم وهو الحجر على السفيه .

٢ ـ وقسم لايفتقر إلى حكم الحاكم وهوالحجر على المجنون إذا عقل .

٣ ـ وقسم فيه الخلاف على ما ذكر وهو الحجر على الصغير إذا بلغ ورشد .

المبحث الرابع

تحديد مدة الحجر على السفيه

العلماء في هذه المسألة يكاد رأيهم يجتمع لولا خلاف أبي حنيفة .

فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أن الحجر مستمر حتى توفر الشرطين معًا : البلوغ والرشد ولو صار شيخًا .

قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر : يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً أو كبيراً . ا هـ.

وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضي الله عنهم . وبه قال مالك[(١)] ، والشافعي[(٢)] ، وأحمد[(٣)] ، وأبو يوسف ، ومحمد[(٤)] من الأحناف .

وذهب أبو حنيفة[(٥)] إلى أنه لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة وإن

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٨٣٣ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥١ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص٩٨ .

(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٧٥ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٦٥ .

(٣) الإنصاف جـ٥ ص ٣١٨ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٢ ، المغني جـ٤ ص٣٤٤ .

(٤) ، (٥) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ١٥٠ ، الهداية مع شرح فتح القدير جـ٨ ص ١٩١ ، مختصر الطحاوي ص٩٧ .

تصرف نفذ تصرفه. فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله وإن لم يزل سفهه.

واحتج بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾[١]، وهذا قد بلغ أشده.

٢ ـ ان ابن خمس وعشرين يصلح أن يكون جدًا.

٣ ـ ولأنه حر بالغ عاقل فهو مكلف ولا يحجر عليه كالرشيد.

❐ اختيار ابن قدامة ودليله:

اختار ابن قدامة رأي الجمهور وأيده بما يلي من الأدلة:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[٢].

ووجه الاستشهاد: أنه علق الدفع على شرطين. والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما معًا.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿ وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾[٣].

والمراد أموالهم وإنما أضافها إليهم لأنهم قوامها ومدبروها. وإذا وجد السفه فهو علة الحكم، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

---

(١) سورة الأنعام الآية ١٥٢.

(٢) سورة النساء الآية ٦.

(٣) سورة النساء الآية ٥.

٣ـ قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ [١] .

فأثبت الولاية علي السفيه بإطلاق .

٤ ـ ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه إليه كمن سنه دون ذلك .

٥ ـ ما رواه الجوزجاني [٢] في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال ، فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله .

قال ابن إسحاق : رأيته شيخًا يخضب [٣] . وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال : يا أبا محمد : ادفع إلي مالي فإنه لا يولى على مثلي . فقال : إنك فاسد. فقال : امرأته طالق البتة [٤] ، وكل مملوك له حر إن لم تدفع إلي مالي .

فقال القاسم بن محمد : وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه ، فبعث إلى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها ، فأرسل إليها فأخبرها ذلك .

وقال : أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة [٥] فحبس رقيقه .

قال ابن إسحاق : ما كان يعاب على الرجل إلا سفهه [٦] .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٢) ذكره في المغني جـ٤ ص ٣٤٤ .

(٣) أي استعمل الخضاب وهو الحناء يغير به بياض الشعر ليكون أحمر .

(٤) أي طالق ثلاثًا وسميت البتة لأنه لا رجعة له فيها ، ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره .

(٥) كلمة بيانية المراد منها ولا أكرمك الله كرامة .

(٦) الأثر ذكره ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٣٤٤ . وابن إسحاق في السند يضعفه .

٦ ـ واعترض ابن قدامة على أدلة أبي حنيفة فقال:

أ ـ أما الآية التي احتج بها فإنما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به. ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع لعلة السفه، وهو موجود بعد خمس وعشرين. فيجب أن تخص به أيضًا.

كما أنها لما خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضًا بعد خمس وعشرين.

ثم ما ذكر من المنطوق أولى من المفهوم الذي استدل به.

ب ـ وما ذكره من كونه جدًا ليس تحته معنى يقتضي الحكم، ولا له أصل يشهد له في الشرع، فهو إثبات للحكم بالتحكم، ثم هو متصور فيما دون هذه السن.

جـ ـ وقياسه منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها[1].

قلت: ولهذا أعرض ابن المنذر عن خلاف أبي حنيفة يرحمه الله لضعف ما استند عليه فكأنه لم يعده شيئًا.

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في كتاب المغني جـ٤ ص ٣٤٤، ٣٤٥، والكافي جـ٢ ص ١٩٣، والمقنع جـ٢ ص ١٣٩.

المبحث الخامس

في علامات البلوغ

هناك خمس علامات للبلوغ منها ما هو مشترك بين الرجل والمرأة ومنها ما ينفرد به الرجل ومنها ما يختص بالمرأة.

أما الأمور المشتركة بين الرجل والمرأة فهي ثلاثة: بلوغ الحلم، الإنبات، السن.

أما ما يختص به الرجل فنبات اللحية والشارب.

وأما ما يخص المرأة فاثنان: الحيض والحمل.

١ - **بلوغ الحلم**: والمراد به خروج المني الذي يخلق الله منه الولد، فمتى خرج حصل به البلوغ إجماعًا [(١)]. وسنده ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا** ﴾[(٢)].

ب - ولقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ** ﴾[(٣)].

جـ - قول النبي ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاثة - ومنهم: الغلام حتى يحتلم**»[(٤)].

---

(١) الإفصاح عن معاني الصحاح جـ١ ص ٣٧٥.

(٢) سورة النور الآية ٥٩.

(٣) سورة النور الآية ٥٨.

(٤) جزء من حديث علي رضي الله عنه خرجه البيهقي في الحجر باب البلوغ بالاحتلام. وعلقه البخاري بصيغة الجزم، وذكر الحافظ أن أبا داود والنسائي وابن حبان أخرجوه مرفوعًا. انظر: فتح الباري جـ١٢ ص ١٢٠، ١٢١.

د ـ قوله ﷺ لمعاذ في شأن الجزية: «**خذ من كل حالم دينارًا**»[١] .

هـ ـ الإجماع المنعقد على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل . وقد علقت أحكام كثيرة على الاحتلام .

٢ ـ الحيض: وهو خروج دم العادة من قعر الرحم وله أوصاف معينة ولون معين ورائحة خاصة .

قال الفقهاء: هو دم أحمر نتن الرائحة يخرج من قعر الرحم، وهو علامة بلوغ المرأة مختص بها .

وقد انعقد الإجماع كما حكاه ابن المنذر على أن الفرائض والأحكام تجب على المرأة بظهور الحيض منها[٢] .

٣ ـ الإنبات: والمراد نبات الشعر الخشن حول قبل الرجل أو المرأة الذي يستحق حلقه بالموسى أو أي مزيل من مزيلات الشعر التي أحدثت .

ولا عبرة بما دونه كالشعر الأحمر الذي ينبت حتى في الأطفال . وإنما المراد الشعر الخشن .

والإنبات منه ما يخص الرجل كنبات اللحية والشارب . ومنه ما هو مشترك وهو نبات شعر العانة .

وهل الإنبات علامة بلوغ يعمل بها إذا لم يوجد غيرها؟

ذكر ابن قدامة أن العلماء اختلفوا في كونه علامة بلوغ أو لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول: إنه علامة بلوغ ويحكم على المنبت بجميع الأحكام التي

---

(١) هذا من حديث معاذ وقد سبق تخريجه في الجهاد في الجزية .

(٢) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣٤٦ . وانظر الإفصاح كما سبقت الإشارة .

تتعلق بالمكلف.

وهذا قول مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. وتذكر أدلته في اختيار الموفق.

القول الثاني: هو علامة بلوغ في حق المشركين أما في حق المسلمين ففيه روايتان.

وهذا قول آخر للشافعي[٤].

القول الثالث: لا اعتبار به.

وهو مذهب أبي حنيفة[٥]؛ لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة القول القائل باعتباره علامة بلوغ[٦].

وأيد هذا الاختيار بما يلي:

١ ـ أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية. وقال عطية القرضي: «عرضت على

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٩٧.

(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٦٧، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٨.

(٣) المغني جـ٤ ص ٣٤٦، الإنصاف جـ٥ ص ٣٢٠، كشاف القناع جـ٣ص ٤٤٤.

(٤) المجموع جـ١٢ ص ٣٦٧، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٨.

(٥) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ١٥٣، شرح فتح القدير جـ٨ ص ٢٠١.

(٦) راجع: المغني جـ٤ ص ٣٤٦، الكافي جـ٢ ص١٩٣، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ١٣٩.

رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي، هل أنبت بعد؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية»[١].

٢ ـ كتاب عمر رضي الله عنه إلى عامله: «أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي»[٢].

٣ ـ روى محمد بن يحيى بن حبان «أن غلامًا من الأنصار شبب بامرأة في شعره، فرفع إلى عمر، فلم يجده أنبت فقال: لو أنبت الشعر لحددتك»[٣].

٤ ـ ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبًا ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان علمًا على البلوغ كالاحتلام.

٥ ـ ورد ما ذهب إليه الشافعي بأنه علامة بلوغ في حق المشركين دون غيرهم تفريق من غير دليل بين متماثلين.

وقياس الأحناف مردود بما ورد من اعتماد الشارع على الإنبات في الحكم.

٤ ـ السن: والسن علامة منضبطة ويمكن ضبطها أكثر بتسجيل يوم الولادة بل الساعة والدقيقة.

لكن العلماء لم تتفق كلمتهم على تحديد سن معينة، بل اختلفوا على آراء

---

(١) متفق عليه: اللؤلؤ والمرجان رقم ١١٥٥، ١١٥٧ في الجهاد باب جواز قتال من نقض العهد جـ٢ ص ٢١٥.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي في الجزية باب الزيادة على الدينار في الصلح جـ٩ ص١٩٥ وتقدم في الجهاد.

(٣) ذكره صاحب المغني جـ٤ ص ٢٤٦، والبيهقي في الحجر باب البلوغ بالإنبات جـ٦ ص ٥٨.

كثيرة أذكرها وأبين ما اختاره ابن قدامة وما اعتمد عليه في اختياره، وفي ذلك أربعة أقوال:

القول الأول: البلوغ في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وأحمد[٢]، وهو قول الأوزاعي، وأبي يوسف، ومحمد[٣].

القول الثاني: لأصحاب مالك[٤]، روي عنهم روايتان سبع عشرة، أو ثماني عشرة.

القول الثالث: فرقوا بين الغلام والجارية.

فجعلوا السن المعتبرة في بلوغ الغلام سبع عشرة أو ثمان عشرة على روايتين. والبنت سبع عشرة بكل حال.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥]. قالوا: لأن الحد لايثبت إلا بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف في هذا ولا اتفاق.

القول الرابع: وهو مذهب مالك[٦] عدم اعتبار السن علامة للبلوغ، لقوله ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم**»[٧]. وإثبات البلوغ

---

(١) المجموع جـ١٢ ص ٣٧١، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٧.
(٢) المغني جـ٤ ص ٣٤٦، الإنصاف جـ٥ ص ٣٢٠، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٣.
(٣) شرح فتح القدير جـ٨ ص٢٠١، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ١٥٣، ١٥٤.
(٤) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٩٧.
(٥) شرح فتح القدير، حاشية ابن عابدين كما سبق.
(٦) جواهر الإكليل كما سبق.
(٧) سبق تخريجه قريبًا في البلوغ بالاحتلام ص٢١٦.

بغيره يخالف الخبر.

❐ اختيار ابن قدامة ودليله:

اختار ابن قدامة الرأي الأول القائل بأن السن المعتبر للبلوغ هو سن الخامسة عشرة سنة للذكر والأنثى معًا، وهذا موافق لمذهب إمامه[١].

واستدل على ذلك بما يلي:

١ ـ ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني»[٢].

٢ ـ ما روي عن أنس: «أن النبي ﷺ قال: **إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه، وأخذت منه الحدود**»[٣].

٣ ـ ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية.

٤ ـ رده لمعارضيه:

أ ـ الأحناف: يقول: فيما رويناه جواب عما ذكروه.

ب ـ ما احتج به مالك: لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل.

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٣٤٦، الكافي جـ٢ ص ١٩٣، المقنع جـ٢ ص ١٣٩.

(٢) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٢٢٣ في الإمارة باب بيان سن البلوغ جـ٢ ص٢٥٣.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى في الحجر باب البلوغ بالسن جـ٦ ص٥٧، وقال: إسناده ضعيف.

قلت: وهذه السن في الوقت الحاضر سن بلوغ بل ربما حصل قبلها، فإن لم يحصل قبلها حصل عندها وفي النادر التأخر عنها، والله أعلم.

المبحث السادس

حكم دفع المال إلى المرأة إذا رشدت

حكى ابن قدامة الخلاف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: إن المرأة إذا بلغت وأونس رشدها دفع إليها مالها وزال الحجر عنها.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١]، والشافعي [٢]، وأحمد [٣]، وهو الصحيح من مذهبه، وهو قول: عطاء، والثوري، وأبي ثور، وابن المنذر [٤].

الثاني: ما نقله أبو طالب عن الإمام أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد أو يمضي عليها سنة في بيت الزوجية، وهذا مروي عن عمر رضي الله عنه، وبه قال شريح، والشعبي، وإسحاق.

واحتجوا بما رواه شريح قال: «عهد إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً» [٥].

---

(١) شرح فتح القدير جـ٨ ص ٢٠٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٥٣.
(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٦٧، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٨.
(٣) راجع: المغني جـ٤ ص ٣٤٧، الإنصاف جـ٥ ص ٣٢٢، كشاف القناع جـ٣ ص٤٤٤.
(٤) المغني كما سبق.
(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه، وذكره ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٣٤٨.

الثالث: وهو قول الإمام مالك[١] : إنه لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها؛ لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة مذهب الحنابلة ومن وافقه[٢] - القائل بأن لها حق التصرف المطلق إذا رشدت، وأيد ذلك بالأدلة الآتية:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[٣] .

٢ - ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد، فيدفع إليه ماله كالرجل.

٣ - ولأنها بالغة رشيدة فجاز التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج.

ثم رد على مخالفيه فقال:

١ - حديث عمر مختص بمنع العطية إن صح. فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات.

٢ - أما مالك فاعتمد على إجبار الأب لها على النكاح.

ولنا أن نمنع ذلك وإن سلمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها له

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٥١، الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٨٣٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص٩٨.

(٢) المغني جـ١ ص ٣٤٨، والكافي جـ٢ ص١٩٤، المقنع جـ٢ ص١٣٩، ١٤٠.

(٣) سورة النساء آية ٦.

ولمصالحه لا يعلم إلا بمباشرته، أما البيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، ثم يلزم دوام الحجر عليها إذا لم تتزوج إذا عمل بحديث عمر. وهذا مخالف لما ثبت.

المبحث السابع

ضابط الرشد والعمل عند معاودة السفه

فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان حقيقة الرشد:

وقد نقل ابن قدامة الخلاف في هذه المسألة بين فريقين من العلماء:

القول الأول: الرشد هو الصلاح في المال، فيدفع المال إلى السفيه والصغير إذا رشد، بأن أبديا صلاحًا في تصرفهما المال ولو لم يكونا صالحين في السلوك العام.

وهذا مذهب المالكية [١]، والأحناف [٢]، والحنابلة [٣].

واستدلوا بما يأتي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [٤].

والوجه منها ما روي عن ابن عباس: يعني صلاحًا في أموالهم.

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥٢، الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٨٣٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص٩٧.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٥٠، شرح فتح القدير جـ٨ ص٢٠٠.

(٣) المغني جـ٤ ص٣٥٠، الإنصاف جـ٥ ص ٣٢٢، كشاف القناع جـ٣ ص٤٤٤.

(٤) بعض الآية ٦ من سورة النساء.

وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً.

٢ ـ أن من كان مصلحًا لماله فقد وجد منه الرشد.

٣ ـ ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد على الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا.

٤ ـ ولأنه مصلح لماله فأشبه العدل، والحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه.

القول الثاني: الرشد صلاحه في دينه وماله.

وهذا مذهب الشافعية[1]، وقال به الحسن وابن المنذر.

ودللوا على هذا بما يلي:

١ ـ أن الفاسق غير رشيد.

٢ ـ أن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره، وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة الرأي الأول وساق الأدلة السابقة حجة لمذهبه[2]. ثم طعن في دليل الشافعية فقال: قولهم إن الفاسق غير رشيد نقول: غير رشيد في دينه، أما ماله فهو رشيد فيه.

---

(١) المجموع جـ١٢ ص ٣٧٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٦١.

(٢) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣٥٠، ٣٥١، الكافي جـ٢ ص١٩٥، والمقنع جـ٢ ص١٤٠.

ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله، ولو كانت العدالة شرطًا في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال.

ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه.

رأي: إنني أعتقد أن الصلاح في المال مرتبط ارتباطًا وثيقًا بالصلاح في الدين وتفسير ابن عباس ربما يحمل على الصلاح في المال زائدًا على الصلاح في الدين؛ لأن اشتراط الصلاح في الدين أمر كأنه معروف.

فإن كان الفاسد ينفق ماله في آلات اللهو وشرب الخمر والزنا ونحو ذلك فهذا غير رشيد، أما إن كان ينفقها في الصالح العام ويسعى لحفظ ماله وإنما يوجد عنده بعض تقصير، فلا مانع من دفع ماله إليه. والله أعلم.

المطلب الثاني: ما يعرف به الرشد.

إنما يعرف رشده كما قال ابن قدامة باختياره لقوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى**﴾ أي اختبروهم.

واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله عادة.

فإذا كان من أبناء التجار: سمح له بمزوالة البيع والشراء، فإذا كرر العملية ولم يغبن ولم يضيع ما في يديه حكم برشده.

وإن كان من أبناء الكبراء ومن يخدمه غيره فيعرف رشده بدفع مبلغ معين يصرفه على نفسه، فإذا أظهر صلاحًا في التصرف وحاسب وكيله فاستوفى عليه واستقصى منه فهو رشيد.

والمرأة يعرف رشدها: بأن يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت فيدفع

إليها ما يدفع إلى ربة البيت خصوصًا في الأمور التي تباشر استئجارها أو شراءها، فإذا وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة.

وهذه نظرة دقيقة من ابن قدامة رحمه الله تدل على فقاهة النفس وبعد النظر وشمول المعرفة.

واختار ابن قدامة القول بأن وقت الاختبار قبيل البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1]. فقد سماهم يتامى ولا يكونون كذلك إلا قبل البلوغ.

ثم إنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى؛ فدل على أن الاختبار قبله، وأومأ إلى خلاف للإمام أحمد في هذه المسألة وأن الاختبار بعد البلوغ وفي الواقع التقارب موجود جدًا فلو أننا حددنا سن البلوغ بالخامسة عشرة فاختبره قبل تمامها بأيام أو بعده بأيام فلا مانع، والخلاف ليس له ثمرة كبيرة، لكن الأحرى ألا يختبره إلا إذا قارب البلوغ جدًا وظهرت عليه علاماته أو ناهزه.

بل إن رأي الإمام أحوط، وإنما يتم لابن قدامة الاعتماد على التفسير المذكور في حالة واحدة وهي ما إذا حددنا البلوغ بالسن، أما إذا قبلت العلامات الأخرى فلا يدرى أنه بلغ إلا بظهورها، فمتى نحدد اختباره إذا كنا لا نعلم متى يبلغ؟

المطلب الثالث: الحكم عند رجوع السفه.

إذا فك الحجر عن المحجور عليه لرشده ودفع إليه ماله ثم عاد السفه عليه، فهل يعاد الحجر عليه؟

الرأي مختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يعاد الحجر عليه مرة ثانية.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]، وأبي يوسف، ومحمد[٤]، وهو مذهب الأوزاعي، وإسحاق، وأبي عبيد[٥].

القول الثاني: لا يعاود عليه.

وهذا رأي أبي حنيفة[٦]، وهو مروي عن ابن سيرين، والنخعي؛ لأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد.

❐ اختيار ابن قدامة وسببه:

اختار ابن قدامة الرأي الأول[٧]، واحتج عليه بما يلي:

١ ـ إجماع الصحابة:

وهو أن عروة بن الزبير روى أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا فقال علي رضي الله عنه: لآتين عثمان ليحجر عليك، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال: قد ابتعت بيعًا وإن عليًا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان فقال: إن ابن

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٨٣٣، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٥١، جواهر الإكليل جـ٢ ص٩٨.

(٢) المجموع جـ١٢ ص٣٧٩، نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٦٥.

(٣) المغني جـ٤ ص ٣٥٢، الإنصاف جـ٥ ص ٣٣٣، كشاف القناع جـ٣ ص٤٥٢.

(٤) شرح فتح القدير جـ٨ ص ١٩٥، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ١٤٧.

(٥) المغني كما سبق.

(٦) شرح فتح القدير، وحاشية ابن عابدين كما سبق.

(٧) راجع: المغني جـ٤ ص٣٥٢، الكافي جـ٢ ص١٩٦، المقنع جـ٢ ص١٤٤.

جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟[1] اهـ.

قال الإمام أحمد لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي.

قال ابن قدامة: وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون إجماعًا.

٢ـ ولأنه يصدق عليه أنه سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيهًا، فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهًا هي سفهه وهو موجود. والحكم يدور مع علته.

٣ـ ولأن السفه إذا قارن البلوغ منع دفع المال إليه، فإذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون. وفارق الرشيد فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه[2].

المبحث الثامن

في إقرارات المحجور عليه

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الإقرار بما يوجب حدًا أو قصاصًا:

إذا أقر المحجور عليه لفلس أو سفه بما يوجب حدًا أو قصاصًا كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبه ذلك ـ فإنه

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى في الحجر باب الحجر على البالغين بالسفه جـ٦ ص٦١.

(٢) المغني جـ٤ ص ٣٥٢.

مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال.

وحكى ابن قدامة الإجماع حيث نقل عن ابن المنذر قوله: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز، إذا كان إقراره بزنى أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل، وأن الحدود تقام عليه [١].

وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال.

لكن إن أقر بما يوجب قصاصًا فعفى المقر له على مال صح بشرط ألا يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه على مال، ولابد من التأكد من وقوع القصاص ليكون عفواً عن قصاص ثابت منعًا للحيلة.

المطلب الثاني: طلاقه وخلعه:

أ ـ إذا طلق المحجور عليه امرأته فهل ينفذ طلاقه؟

الذي اختاره ابن قدامة أنه ينفذ، وقال: هو قول أكثر أهل العلم.

وحكى خلافًا عن ابن أبي ليلى أنه لا يقع بحجة أن البضع يجري مجرى المال، بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال.

ورد هذا ابن قدامة فقال:

١ ـ الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه، فلا يمنع منه كالإقرار

---

(١) المغني جـ٤ ص٣٥٦. وانظر الإجماع لابن المنذر ص١٢٦ رقم المسألة ٥٤١.

بالحد والقصاص.

والدليل على أنه لا يجري مجرى المال: أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولا يملك بالميراث.

٢ ـ ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً؛ فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب.

٣ ـ ولإمضاء بعض السلف طلاق السفيه ومنعه من التصرف في المال.

ب ـ إذا خالع: قال ابن قدامة: صح خلعه لصحة طلاقه بدون مقابل فصحته مع المقابل أولى. إلا أن العوض لا يدفع إليه، وإنما يدفع إلى القائم على أمواله ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه، بل بدفعه إلى وليه[١].

المطلب الثالث: عتقه وتدبيره:

أ ـ حكم عتقه لرقيقه:

حكى ابن قدامة الخلاف في صحة عتق المحجور عليه على قولين:

القول الأول: لا يصح.

وهذا مذهب الشافعي[٢]، والقاسم بن محمد، ورواية عن أحمد[٣].

الثاني: أنه يصح.

وهذه رواية ثانية في مذهب أحمد[٤].

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص٣٥٦.

(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٨٤، نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٦٦.

(٣)، (٤) المغني جـ٤ ص ٣٥٦، الإنصاف جـ٥ ص ٢٨٢، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٢٣ وفيه جزم بأنه لا يجوز له التصرف ولو بعتق.

وعلل لصحة ذلك بأنه عتق من مكلف مالك تام الملك، فصح كعتق الراهن والمفلس.

❏ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله الرأي الأول[١]، وعلل لاختياره بما يلي:

١ - أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته.

٢ - ولأنه تبرع فأشبه هبته ووقفه.

٣ - ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون.

٤ - أن قياس الإمام أحمد في رواية أبي الخطاب عنه الثانية على الراهن والمفلس قياس مع الفارق.

فإن الحجر في حق المحجور عليه لحظ نفسه، بخلاف الراهن والمفلس فإن الحجر عليهما لحظ غيرهما.

والأولى قياسه على الصبي والمجنون.

ب - أما تدبيره لرقيقه بأن يقول: أنت حر بعد موتي. وما في حكمه كوصيته.

فيرى ابن قدامة صحة ذلك ويعلل لصحته بأن ذلك محض مصلحته؛ لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه، أي بعد الموت.

ولم يذكر فيه خلافًا لأحد[٢].

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٤ ص٣٥٧، الكافي جـ٢ ص١٩٩، والمقنع جـ٢ ص١٤٤.

(٢) المغني جـ٤ ص ٣٥٥.

المطلب الرابع : في إقراره بمال أو ما يوجب المال كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته ونحو ذلك.

يرى ابن قدامة أن إقراره به غير مقبول حال حجره، ويحتج له بالأدلة التالية :

١ ـ أنه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي والمجنون .

٢ ـ أنه لو قبل إقراره في ماله لزال معنى الحجر ؛ لأنه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له .

٣ ـ ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال . ولم يذكر فيه خلافًا .

والمفهوم منه أنه يقبل إقراره بعد فك الحجر عنه لصلاح ذمته[١] .

* * *

(١) راجع : المغني لابن قدامة جـ٤ ص٣٥٧ .



الفصل الثاني

المفلس

المبحث الأول

في تعريف المفلس ومتى يحجر عليه؟

المطلب الأول: تعريف المفلس:

المفلس عند أهل اللغة:

قال ابن قدامة[١]: المفلس: هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته. ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه: «**أتدرون من المفلس؟** قالوا: يا رسول الله، المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع. قال: **ليس ذلك المفلس ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال** .... الحديث»[٢].

فقول الصحابة رضوان الله عليهم إخبار عن حقيقة المفلس في الدنيا فيما يعلمون من لغتهم، وقول النبي ﷺ: «**ليس ذلك المفلس**» لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني، ومثل قوله ﷺ هذا قوله: «**ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب**»[٣].

---

(١) المغني جـ٤ ص ٣٠٦.

(٢) رواه مسلم رقم ٢٥٨١ في البر والصلة والآداب باب نصر الأخ ظالمًا أو مظلومًا جـ٤ ص١٩٩٧.

(٣) رواه مسلم رقم ٢٦٠٩ في البر والصلة باب فضل من يملك نفسه عند الغضب جـ٤ ص٢٠١٤.

ثم قال ابن قدامة استطراداً: وإنما سمي المفلس مفلسًا؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال.

وفي القاموس: وفلسه القاضي تفليسًا: حكم بإفلاسه[١].

المفلس في عرف الفقهاء:

يقول ابن قدامة: هو من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله. وربما يعترض على هذا فيقال: كيف يكون مفلسًا وهو صاحب مال؟

وأجاب عن هذا التساؤل بقوله: وسموه مفلسًا وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم. وتفسير النبي ﷺ لمفلس الآخرة دليل على ذلك فهو يجيء بحسنات كثيرة لكنها تصبح مستحقة لغيره، فينتهي أمره إلى الفلس.

المطلب الثاني: بيان متى يلزم الحجر وما يترتب عليه من أحكام:

يشترط ابن قدامة للزوم الحجر شرطين هما:

١ ـ أن يلزم الإنسان ديون حالة لا يفي بها ماله.

٢ ـ أن يسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه.

عند هذا يلزم الحاكم إجابتهم.

قال ابن قدامة: ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته.

أما الأحكام التي تترتب على الحجر عليه فهي أربعة:

الأول: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله.

---

(١) باب السين فصل الفاء ص ٧٢٧.

الثاني: منع تصرفه في عين ماله إلا بما يقيم حياته على أدنى ما يتصور.

الثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا توفرت قيود معينة أذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء.

والأصل في هذا الحكم: «ما روي عن كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباع ماله»[١].

«وعن عبد الرحمن بن كعب قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئًا، فلم يزل يدّان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي ﷺ غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء».

قال بعض أهل العلم: إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله ﷺ لأنهم كانوا يهودًا[٢]، ويكفي أنهم يهود فلا ألأم ولا أخس من اليهود على وجه الأرض.

---

(١) انظر: في تخريج حديث كعب بن مالك في الحجر على معاذ كتاب التلخيص الحبير لابن حجر في التفليس رقم ١ جـ٣ ص٤٤. وصححه الحاكم وجعله على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، وخالفهما الشيخ الألباني فضعف الحديث مرة وصحح المرسل مرة ووافق على التصحيح مرة أخرى بشرط، وقد تناقض يرحمه الله فيه. انظر: الإرواء حديث ١٤٣٥، والذي يظهر لي من مجموع طرقه أنه صحيح إن شاء الله.

(٢) قول بعض أهل العلم آخر القصة يوجب أن يكون فاعل الكلام الرسول ﷺ، وهذا المحفوظ حيث كلمهم ﷺ أن يضعوا عنه، أما النص قبل ذلك فقد جعل فاعل الكلام الغرماء فليتأمل. انظر تخريجه فيما سبق.

المبحث الثاني
بيان الحكم إذا وجد أحد الغرماء عين مال عند رجل أفلس

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في ذكر آراء العلماء في من وجد ماله بعينه عند المحجور عليه لفلس هل هو أحق به أم يكون أسوة الغرماء؟

ذكر ابن قدامة أن العلماء انقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها وبالشروط المعينة التي سوف اذكرها في المبحث الثاني - فإنه يملك فسخ البيع وأخذ سلعته.

وهذا مروي عن عثمان، وعلي، وأبي هريرة، رضي الله عنهم أجمعين. وبه قال عروة، ومالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. والعنبري، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر، والأوزاعي[٤].

وساق ابن قدامة الأدلة التالية مؤيدًا ما ذهب إليه:

١ - ما رواه أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال: «**من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به**»[٥].

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٨٣١، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥٧، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٩٤.
(٢) المجموع جـ١٢ ص ٣٠٩، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٣٥، ٣٣٦.
(٣) المغني جـ٤ ص ٣٠٧، الإنصاف جـ٥ ص ٢٨٦، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٢٥.
(٤) المغني جـ٤ ص ٣٠٧.
(٥) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٠٥ في المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس. وخرجه في تلخيص الحبير في التفليس رقم ٢، ٣، ٤ جـ٣ ص ٤٤، ٤٥.

٢ ـ قول الإمام أحمد رحمه الله : لو أن حاكمًا حكم أنه أسوة الغرماء، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه.

٣ ـ ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر.

٤ ـ ولأنه إذا شرط في البيع رهنًا فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى.

الفريق االثاني: يرى أنه أسوة الغرماء.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١]، وهو قول الحسن، والنخعي، وابن شبرمة[٢].

وعللوا هذا بما يلي:

١ ـ أن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حقه من الإمساك، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس. قياسًا على المرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن.

٢ ـ ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة الرأي الأول[٣]، وهو موافق لمذهب إمامه. وناقش

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٩٥، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ١٥٢، شرح فتح القدير جـ٨ ص٢٠٩.

(٢) المغني الصفحة السابقة.

(٣) انظر: المغني جـ٤ ص٣٠٧، الكافي جـ٢ ص١٨٤، المقنع جـ٢ ص١٣٤، العمدة ص٢٤٢.

المخالفين لرأيه فقال:

١ ـ يفارق البيع الرهن. فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن هاهنا بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل.

٢ ـ قولهم: تساووا في سبب الاستحقاق يرد بأنهم اختلفوا في الشرط، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده. اهـ.

ثم عقب ابن قدامة على ذلك فقال: إذا ثبت هذا ـ يعني أن صاحب العين أحق بها من غيره ـ فإنما هو للأمور التالية:

١ ـ أن البائع بالخيار، إن شاء رجع في السلعة وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء.

٢ ـ وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر. لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار.

٣ ـ ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم؛ لأنه فسخ ثبت بالنص، فلم يفتقر إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة[1].

قلت: والأولى الرجوع إلى الحاكم إن احتيج إليه حتى تكون الأمور منتظمة بعيدة عن النزاع، ولدرء التهمة.

المطلب الثاني: الشروط التي يجب توافرها لاستحقاق البائع الرجوع في سلعة إذا وجدها عند المفلس:

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٣٠٧.

سبق أن تبين أن الراجح ما اختاره ابن قدامة إن شاء الله وأن البائع له حق الرجوع، ولا يكون أسوة الغرماء لكن ذلك ليس مطلقًا وإنما هو مقيد بشروط معينة يجب توفرها، وقد استنبطت من الحديث ومن القواعد العامة، وهي:

١ ـ أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها. لقول النبي ﷺ: «**من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به**»[١].

٢ ـ أن لا تزيد السلعة زيادة منفصلة ولا زيادة متصلة تزيد بها قيمتها.

٣ ـ أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئًا، فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع.

لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئًا فهي له. وإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة للغرماء**»[٢].

٤ ـ أن لا يكون قد تعلق بها حق لغير المشتري، كالرهن مثلاً أو الوقف أو غير ذلك.

٥ ـ أن يكون المفلس حيًا لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس: «**وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء**» رواه أبو داود[٣].

---

(١) تلخيص الحبير رقم ٢ في التفليس جـ٣ ص٤٤ وقال: متفق عليه. وتقدم.

(٢) الدارقطني رقم ١٠٩ في البيوع جـ٣ ص ٢٩، ٣٠ وقال: فيه إسماعيل بن عياش، مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا وإنما هو مرسل. لكن معناه صحيح إن شاء الله بل هو في صحيح ابن ماجة برقم ١٩١٠.

(٣) رقم ٣٥٢٠ في البيوع باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

وفي حديث آخر عن أبي هريرة: قال رسول الله ﷺ: **«أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئًا أو لم يقتض؛ فهو أسوة الغرماء»** رواه ابن ماجه[1].

ولأن المال أصبح الآن عند غير المشتري فيدخل صاحبه أسوة الغرماء.

المبحث الثالث

في تصرفات المفلس في ماله

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تصرفه قبل إعلان الحاكم الحجر عليه:

تعرض ابن قدامة لذكر سبب الحجر وكيفيته، ثم تعرض لتصرف المفلس قبل إعلان الحجرعليه فقال:

أ- إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم بإعترافه أو ببينة، فإذا ثبتت نظر في ماله، فإن كان وافيًا بدينه لم يحجر عليه، وأمره بقضاء دينه، فإن أبي حبسه فإن لم يقضه وصبر على الحبس؛ قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه، وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه، وإن كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً وماله يفي بما عليه في الحال؛ لم يحجر عليه أيضًا.

قلت: وهذا من سماحة الإسلام وعدله وحفظ حقوق الناس وكراماتهم.

---

(١) رقم ٢٣٦١ في الأحكام باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، وذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه حديث ١٩١١، وفي صحيح الإرواء جـ٥ ص٢٧١.

أما إذا لم يف ماله بدينه الحال وسأل الغرماء الحجر عليه فللحاكم الحجر عليه، وذلك بمنعه من التصرف فيه بما يخرجه من ملكه إلا ما يسمح له شرعًا كالنفقة الواجبة.

ب ـ وكل ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ.

قال ابن قدامة: هذا قول الأئمة الأربعة ولا نعلم لهم مخالفًا.

وعلل ابن قدامة صحة تصرفه بما يلي:

١ ـ أنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره.

٢ ـ ولأن سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه.

٣ ـ ولأنه من أهل التصرف فأشبه المليء.

وبناء عليه، فلو أجر دارًا أو عربة لم تنفسخ إجارته بالفلس وكان المستأجر أحق به حتى تنقضي مدته[١].

المطلب الثاني: في تصرفه بعد إعلان الحجر عليه:

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: حكم التصرف ببيع أو هبة أو وقف أو صداق امرأة وكل ما في حكمه.

ذكر ابن قدامة قولين في نفاذ هذا التصرف:

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص٣٢٨، ٣٢٩. نفس الطبعة.

القول الأول: إن تصرفه لا ينفذ في شيء من ماله، وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: وهو قول ثان للشافعي: يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة القول الأول هو موافق لمذهب إمامه[٤] وعلل له بما يلي:

١ ـ أنه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه.

٢ ـ ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة.

٣ ـ أننا لو أنفذنا تصرفاته لم يكن للحجر فائدة.

المسألة الثانية: التصرف في الذمة. مثل. إذا اشترى في ذمته أو اقترض أو تكفل.

يرى ابن قدامة أن تصرفه صحيح لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته أي وذمته قابلة للتصرف والالتزام.

لكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لأنهم رضوا بذلك

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٥٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص٨٧، ٨٨.

(٢) المجموع جـ١٢ ص ٢٩٣، نهاية المحتاج جـ٤ ص٣١٦.

(٣) راجع: المغني جـ٤ ص٣٣٠، الإنصاف جـ٥ ص٢٨٢، كشاف القناع جـ٣ ص٤٢٣.

(٤) المغني جـ٤ ص٣٣٠، الكافي جـ٢ ص١٧٠، المقنع جـ٢ ص١٣٣، العمدة ص٢٤١.

لعلمهم به؛ لأنه في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه.

قلت: أما إذا خدعهم وغرهم ومثلهم لا يعلم؛ كان لهم الخيار؛ لأن الحجر عيب.

المسألة الثالثة: في إقراره بدين عليه.

لا شك في أن المكلف يؤخذ بما أقر به. وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في موضع آخر وهو: هل يعتبر أسوة الغرماء أو يلزمه بعد فك الحجر عنه؟

قولان لأهل العلم:

القول الأول: إن الدائن المقر له يدخل أسوة الغرماء ويشاركهم في المحاصة وهذا قول للشافعي، واختاره ابن المنذر[١].

واستدل له: بأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة.

القول الثاني: لا يدخل أسوة الغرماء ولا يشاركهم.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأحمد[٣]، ومحمد بن الحسن، والثوري، والشافعي في قوله الآخر[٤].

وأما أبو حنيفة فقال: يقبل إقراره ويرجع عليه بعد فك الحجر عنه[٥].

---

(١) المجموع جـ١٢ ص٢٩٨.
(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٥٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٨٧، ٨٨.
(٣) المغني جـ٤ ص ٣٣٠، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٢٤، الإنصاف جـ ٥ ص٤٨٥.
(٤) المجموع جـ١٢ ص ٢٩٨.
(٥) شرح فتح القدير جـ ٨ ص٢٠٧.

واختاره ابن قدامة وأيده[1] بما يلي :

١ ـ أنه محجور عليه، فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن .

٢ ـ ولأنه إقرار يبطل ثبوته حق غير المقر له فلم يقبل، أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن .

٣ ـ ولأنه متهم في إقراره فهو كالإقرار على غيره .

ورد قياس الشافعية بأنه مع الفارق حيث فارق ما نحن فيه فإن ما ثبت بالبينة لا تتطرق إليه التهمة .

المبحث الرابع

في أمور تستثنى من أحكام الحجر على المفلس

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: في النفقة عليه وعلى من تلزمه نفقته:

قال ابن قدامة رحمه الله : إذا حجر على المفلس وكان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه نفقته، فنفقته في كسبه فإنه لا حاجة إلى إخراج شيء من ماله مع غناه بكسبه فلم يجز أخذ ماله، كالزيادة على النفقة .

وإن كان كسبه دون نفقته أكملناها من ماله .

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص٣٣٠، المقنع جـ٢ ص١٣٣، الكافي جـ٢ ص١٧٠، العمدة ص٢٤١ .

وإن لم يكن له كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وإن طالت؛ لأن ملكه باق. ولوجوب المحافظة على نفسه فهو أمر مطلوب.

ولقوله ﷺ: «**ابدأ بنفسك ثم بمن تعول**»[1]. فقدم نفقته ونفقة من تلزمه كزوجته وأبويه وأولاده الصغار، فيعطون كفايتهم بالمعروف من ماله.

وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة[2]. وحكى ابن قدامة الإجماع عليه.

والقدر الواجب من النفقة والكسوة: أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله.

المطلب الثاني: تجهيزات المفلس إذا مات:

كل ما يلزم الميت من كفن وأجرة حفر ودفن ونحو ذلك فهو لازم، يصرف من مال المفلس لوجوب نفقته من ماله حال حياته.

وإنما وجبت احترامًا له حيًا وكذلك يجب احترامه ميتًا.

ولا داعي لبعض المراسيم التي هي من صنع الأعراف وإنما اخترعت لتبذير الأموال وحب الظهور، بيد أن بعضها يصل إلى درجة التحريم كالبناء على القبر وتشييده، وإقامة حفلات تهدر فيها الأموال لغير حاجة، مثل إقامة السرادقات واستئجار القراء... إلخ. وهي بدعة منكرة مع ما فيها من الإسراف.

---

(١) متفق عليه: رواه البخاري كما في فتح الباري جـ٣ ص٢٣٤، وجـ٩ ص٥٠٠، ومسلم رقم٩٩٧ في الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.

(٢) المغني جـ٤ ص ٣٣٢. وانظر: الإفصاح جـ١ ص٣٧٤.

المطلب الثالث: حكم ما لا يستغنى عنه كالدار، هل تباع وتقضى ديونه؟ وأين يسكن؟ أم ماذا؟ .

نقل ابن قدامة الخلاف في هذه المسألة على قولين :

الأول: لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها .

وهذا قول الأحناف[١] ، والحنابلة[٢] .

الثاني: أنها تباع ويكترى له بدلها .

وهذا قول شريح ، ومالك[٣] ، والشافعي[٤] واختاره ابن المنذر .

واحتجوا لما ذهبوا إليه بما يلي :

١ ـ أن النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال لغرمائه : «**خذوا ما وجدتم**»[٥]، والدار مما وجدوه .

٢ ـ ولأنه عين مال المفلس ؛ فوجب صرفه في دينه كسائر ماله .

❏ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة القول الأول وهو موافق لمذهب إمامه[٦] .

وعلل لسبب اختياره بما يلي :

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٥٠ ، ١٥١ .

(٢) راجع : المغني جـ٤ ص٣٣٤ ، كشاف القناع جـ٣ ص٤٣٤ ، الإنصاف جـ٣ ص٣٠٣ .

(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص ٩٠ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٦١ ، الكافي جـ٢ ص٨٣٢ .

(٤) المجموع جـ١٢ ص٣٠٣ ، ونهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٢٨ .

(٥) رواه مسلم رقم ١٥٥٦ في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين .

(٦) راجع ما كتبه ابن قدمة في كتابه المغني جـ٤ ص ٣٣٤ ، والمقنع جـ٢ ص ١٣٦ .

١ ـ أن الدار مما لا غنى للمفلس عنه، فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته.

٢ ـ الحديث الذي احتجوا به قضية في عين فيخصها وهو محتمل:

أـ حيث يحتمل ألا يكون له عقار ولا خادم.

ب ـ ويحتمل أن المراد من قوله ﷺ: «**خذوا ما وجدتم**»، أي مما تصدق به عليه؛ لأن النبي ﷺ قال: «**تصدقوا عليه**»، فتصدقوا فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي ﷺ: «**خذوا ما وجدتم**»[1]. أي مما تصدق به عليه.

جـ ـ تخصيص الحديث بثياب المفلس وقوته.

٣ ـ انتقاض قياسهم بقوت المفلس وثيابه وبأجر المسكن وسائر ما لم يستغن عنه.

قلت: وهذا بحسب حال المنزل وحسب حال الشخص فإن أمكن أن يباع ويسدد من قيمته ويشتري له داراً تصلح لمثله؛ وجب، وإلا فلا.

المبحث الخامس

حكم مطالبته بالعمل إن كان من أهل التكسب إذا بقي عليه بقية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان الحكم إذا كان له صنعة هل يجبر على التكسب؟

ينقل ابن قدامة في هذه المسألة قولين لأهل العلم:

---

(١) رواه مسلم كما سبق.

القول الأول: ليس من حق الحاكم أن يجبره على إيجار نفسه.

وهذا قول مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣].

والدليل لهذا القول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٤].

٢ ـ ما روى أبو سعيد: أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال النبي ﷺ: «**تصدقوا عليه**، فتصدقوا عليه» فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي ﷺ: «**خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك**»[٥].

٣ ـ ولأن هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة ونحو ذلك.

القول الثاني: من حق الحاكم أن يجبره على الكسب.

وهذا رواية في مذهب أحمد، بل الصحيح من المذهب[٦].

وقول عمر بن عبد العزيز رحمه الله، وسوار العنبري، وإسحاق[٧].

ودليل هذا الرأي:

١ ـ أن النبي ﷺ: «باع سُرَّقًا في دينه وكان سرق رجلاً دخل المدينة وذكر

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٩٠.

(٢) المجموع جـ١٢ ص٣٠٢، نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٣٠.

(٣)،(٦) راجع: المغني جـ٤ ص٣٣٣، الإنصاف جـ٥ ص٣١٧، كشاف القناع جـ٣ ص٤٣٩، وصرح بالرواية الثانية.

(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٠.

(٥) رواه مسلم رقم ١٥٥٦ وتقدم ص٢٤٨.

(٧) المغني جـ٤ ص٣٣٣، الإنصاف كما سبق.

أن وراءه مالاً فداينه الناس، فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقًا، وباعه بأربعة أبعرة»[١].

ووجه الاستشهاد:

أن سرقًا حر، والحر لا يباع، وإذًا فالبيع ينصب على منافعه، لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك وفاء الدين منها.

٢ـ ولأن هذا إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها في وفاء دينه كإجارة أم ولده.

٣ـ ولأنه يصح أن يقال: إنه قادر على وفاء دينه فلزمه.

❐ اختيار ابن قدامة:

الذي يظهر من كلام ابن قدامة ترجيحه للرأي الثاني[٢]، وظهر هذا من دفاعه عما ذكر في حديث سرق، وفي الرد على الاحتجاج بالآية والحديث.

فقال في حديث سرق: فإن قيل: حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته، ودليل ذلك: أن الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصنع به؟ قال: أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي في التفليس باب ما جاء في بيع الحر المفلس في دينه جـ٦ ص٥٠، ٥١.

(٢) المغني جـ٤ ص ٣٣٦، الكافي جـ٢ ص١٦٨، وقد نقل القولين وسكت عليهما، ودلل لكل منهما، والمقنع جـ٢ ص١٣٨.

فأجاب ابن قدامة على هذا بقوله: هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز. ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزًا في شريعتنا.

وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم. ويكون الكلام فيه مقدر وهو المضاف ولا مانع من إقامة المضاف إليه مقامه بل هو سائغ كثير الوقوع في القرآن وفي كلام العرب:

١ ـ قال تعالى: ﴿ وَأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ ﴾ [١]، أي حب العجل.

٢ ـ وقال تعالى: ﴿ وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ ﴾ [٢]، أي أهلها.

ثم قوله: أعتقه أي مما عليه من الحق. وكذلك قال: فأعتقوه، يعني الغرماء وهم لا يملكون إلا الدين الذي عليه.

ـ وأما الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٣].

فيتوجه منع كونه داخلاً تحت عمومها: فإن هذا في حكم الأغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه، ووجوب نفقة قريبه عليه.

ـ أما الحديث الذي رواه أبو سعيد وخرجه مسلم في صحيحه وتقدم نصه، فهو قضية عين لا يثبت حكمها إلا في مثلها.

ولم يثبت أن لذلك الغريم كسبًا يفضل عن قدر نفقته.

ـ أما قبول الهبة والصدقة ففيه مِنّة ومعرة تأباها قلوب ذوي المروءات

---

(١) سورة البقرة الآية ٩٣.

(٢) سورة يوسف الآية ٨٢.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٠.

بخلاف مسألتنا[١] .

ثم عقب ابن قدامة فقال: إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب إلا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه، على ما تقدم.

وهذا رأي ثالث حيث ورد الرأيان بإطلاق، أما هذا ففيه تقييد لا دليل عليه، فهو إما أن يجبر أو لا يجبر.

- ومع كل ما قال ابن قدامة فالذي يفهم من روح التشريع ويتمشى مع المنطق والعقل أنه لا يجبره على إيجار نفسه، لكن يساعد من بيت المال وتهيأ له فرصة العمل، ويوجه التوجيه السليم الذي يحمله على القيام بأعباء نفسه ومن يمونه وعدم التورط في الديون والإغراق في الكماليات والتنازل عن بعض الأمور التي لا حاجة للمسلم فيها، فربما كانت من أسباب الإفلاس.

فلم يقض على الأموال ويسبب التورط سوى الإغراق في هذه الأمور وعدم التدبير والتصرف بحكمة وعقل، وسوء التصرف بالدخول في أعمال ليست مما يعرفه الإنسان كتورط الكثيرين في زماننا في المقاولات وليسوا من الممارسين أو المختصين بها.

المطلب الثاني: هل يجبر على قبول هبة أو هدية أو صدقة أو وصية أو قرض؟ وهل تجبر المرأة على التزويج لتأخذ مهرها؟

يرى ابن قدامة أنه لا يجبر المفلس على شيء من ذلك.

أما الهدية والصدقة والوصية والقرض ففي طلبه وأخذه منة فيلحق به

---

(١) المغني جـ٤ ص ٣٣٦.

الضرر والمنة .

وأما الزواج ففيه تمليك الزوج للمرأة بالنكاح ووجوب حقوقه عليها مع ذهاب حقها في المهر ففيه ضرر عليها .

وكذلك القرض فعليه وجوب العوض[١] .

ـ لكن إن قام من يقرضه ليسد دينه أو بعضه فيتوجه قبوله ما لم يكن عليه فيه منة . والله أعلم .

* * *

(١) راجع : المغني جـ٤ ص٣٣٧ .

الباب السابع

الحوالة والضمان



الباب السابع
الحوالة والضمان

وفيه فصلان :

الفصل الأول
الحوالة

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول
التعريف بالحوالة والأصل فيها وحقيقتها وأركانها وشروط صحتها

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: التعريف بها:

أ ـ التعريف اللغوي:

الحوالة: مأخوذة من أحال عليه بدينه والاسم الحوالة . واحتال عليه

بالدين من الحوالة. وأصلها من التحول ومنه حولت الرداء: إذا نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، وفي الحوالة نقل الحق من ذمة إلى أخرى. وهي بفتح الحاء أفصح من كسرها [١].

ب ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفها الموفق بقوله: هي تحويل الحق من ذمة إلى ذمة [٢] بشروط معينة.

وعرفها الشربيني بقوله: وفي الشرع عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة [٣].

المطلب الثاني: دليلها

١ ـ السنة:

روى أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «**مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم على مليء فليتبع**» [٤].

وفي لفظ: «**وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل**».

---

(١) المصباح المنير مادة حال جـ١ ص١٥٧. والمختار من صحاح اللغة ص١٢٦ مادة (ح و ل).

(٢) ذكره في المغني جـ٤ ص٣٩٠.

(٣) مغني المحتاج جـ٢ ص١٩٣.

(٤) خرجه البخاري رقم ٢٢٨٨ في الحوالة باب إذا أحال على مليء كما في الفتح جـ٤ ص٤٦٦ ط سلفية، ومسلم رقم ١٥٦٤ في المساقاة باب تحريم مطل الغني جـ٣ ص ١١٩٧، وأبو داود رقم ٣٣٤٥ في البيوع باب في المطل، وخرجه البيهقي في الحوالة باب من أحيل على مليء فليتبع جـ٦ ص٧، قال في تلخيص الحبير: رواه أصحاب السنن إلا الترمذي جـ٣ ص٥٣ في الحوالة رقم ١. وذكر الرواية الثانية وصححها.

٢ ـ الإجماع:

يقول ابن قدامة: أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة[١].

المطلب الثالث: حقيقتها وأركانها:

اختلف في الحوالة هل هي مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، أم أنها بيع.

قال ابن قدامة[٢]: والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، واحتج على ذلك بالأدلة التالية:

١ ـ أنها لو كانت بيعًا لما جازت لكونها بيع دين بدين.

٢ ـ ثم إنها لم تكن بيعًا لجواز التفرق فيها قبل القبض؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه.

٣ ـ ولجازت بلفظ البيع وبين الجنسين.

٤ ـ ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع. ولهذا لم يدخلها خيار أما أركانها فأربعة: محيل، ومحتال، ومحال عليه، ومحال به وهو الحق.

المطلب الرابع: شروط صحتها:

ذكر ابن قدامة لصحة الحوالة شروطًا أربعة:

الشرط الأول: تماثل الحقين؛ لأنها تحويل للحق ونقل له، فينقل على صفته، واعتبار التماثل في الحقين في ثلاثة أمور:

أ ـ الجنس: كذهب بذهب ومن عليه فضة يحيل بمثلها.

---

(١) المغني كما سبق، وانظر: الإفصاح جـ١ ص٣٨٣.

(٢) المغني كما سبق.

ب ـ الصفة : فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة لم يصح ونحو ذلك ؛ لأنه يؤدي إلى الربا. والصحاح مثل الدنانير الذهبية المضروبة المعلومة الوزن بخلاف المكسرة فهي أجزاء ذهبية وغالبًا ما يكون فيها زيادة على الصحاح.

جـ ـ الحلول والتأجيل : فلا يحيل بحق حال على حق له مؤجل، كما لا يحيل بحال على حق حال ويشرط أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر مثلاً.

الشرط الثاني: أن تكون على دين مستقر، فأما إذا كان غير مستقر فلا تصح مثل:

١ ـ لا تصح الحوالة بالسلم ولا عليه؛ لأن دين السلم ليس بمستقر، لكونه يعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه.

ولا تصح الحوالة به: لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه؛ لقوله ﷺ: «**من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[1].

٢ ـ ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لعدم استقراره، ولأنه يملك تعجيز نفسه.

٣ ـ وكذلك إحالة المرأة على صداقها قبل دخول زوجها بها لا يصح لعدم الاستقرار. فإنه إنما يستقر بالدخول وما شابهه. مع العلم أنه يجوز لها أن تهبه أو تبيعه وما شابه ذلك قبل قبضه.

وهكذا كل حق يمكن فسخه أو يصدق عليه عدم الاستقرار، فلا تصح به الحوالة ولا عليه إذ من شروطها أن يكون الدين مستقراً.

---

(١) خرجه أبو داود رقم ٣٤٦٨ في باب السلف لا يحول، وتقدم في السلف وفي سنده ضعف.

الشرط الثالث: أن تكون بمال معلوم.

لأنها إن كانت بيعًا فلا تصح في مجهول، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه.

وبهذا يتخرج أن كل ما صح فيه السلم صحت فيه الحوالة وما لا فلا.

الشرط الرابع: أن يحيل برضاه لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه.

قال ابن قدامة: ولا خلاف في هذا[(١)].

المبحث الثاني

حكم براءة ذمة المحيل باجتماع الشروط السابقة والحكم إذا ظهر المحال عليه مفلسًا أو محجورًا عليه

وفيه مسألة وفاق وأخرى خلاف:

المسألة الأولى: إذا اجتمعت الشروط وصحت فإن ذمة المحيل تبرأ في قول عامة أهل العلم، ولا عبرة بخلاف من خالف لعدم وجود دليل يسند ما ذهب إليه[(٢)].

المسألة الثانية: ما إذا رضي المحتال ولم يشترط اليسار. فظهر أن المحال عليه مفلسًا أو مماطلاً أو ميتًا أو نحو ذلك مما يتعذر معه الاستيفاء أو يصعب، فهل للمحتال حق الرجوع وتبطل الحوالة أم ليس له ذلك؟

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٢) الإفصاح جـ١ ص٣٨٣.

ينقل ابن قدامة رحمه الله تعالى في هذه المسألة أقوالاً عدة، وقد نظمتها على النحو التالي:

القول الأول: إنه متى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدًا.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وأحمد[٢]

وبهذا قال الليث، وأبو عبيد، وابن المنذر[٣].

القول الثاني: اذا كان المحال عليه مفلسًا ولم يعلم المحتال بذلك، فله الرجوع.

وهذا قول مالك[٤]، والرواية الثانية عند أحمد[٥].

وحجة هذا:

١ ـ لأن الفلس عيب في المحال عليه فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة.

٢ ـ ولأن المحيل غرّه فكان له الرجوع كما لو دلّس المبيع.

القول الثالث: وهو رأي القاضي من الحنابلة، وشريح، والشعبي، والنخعي[٦]: يجوز له الرجوع في حالين: الموت، والإفلاس.

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي جـ١٢ ص ٤٣٧.

(٢) المغني جـ٤ ص٣٩٤، الإنصاف جـ٥ ص ٢٢٨، كشاف القناع جـ٣ ص٣٨٧.

(٣) المغني كما سبق.

(٤) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٧٩٧.

(٥) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٦) المغني كما سبق.

القول الرابع: يجوز له الرجوع في الأحوال التالية :

أ ـ إذا مات المحال عليه مفلسًا .

ب ـ إذا جحده وحلف عليه عند الحاكم .

هذا عند أبي حنيفة [١] . وزاد صاحباه :

جـ ـ إذا حجر عليه لفلس .

والدليل الذي اعتمدوا عليه :

١ ـ ما روي عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلسًا ، فقال : « يرجع بحقه لا توى [٢] على مال امرئ مسلم » [٣] .

٢ ـ ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين ، فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه .

❑ **اختيار ابن قدامة ودليل اختياره:**

اختار ابن قدامة الرأي الأول القائل بأن لا رجوع للمحتال مطلقًا [٤] ، وهذا موافق لمذهب إمامه ، وأيد اختياره بما يلي :

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٢ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٧٢ .

(٢) التوي : بفتح التاء والواو : الهلاك . أي لا هلاك ولا ضياع على مال المسلم . انظر : النهاية في غريب الحديث جـ١ ص ٢٠١ .

(٣) انظر : السنن الكبرى للبيهقي في الحوالة باب من قال يرجع على المحيل لا توى على مال مسلم جـ ٦ ص ٧١ . والحديث معلول بالجهالة في أحد رواته والانقطاع ؛ لأن معاوية بن قرة المزني تابعي من الطبقة الثالثة من أهل البصرة فهو لم يدرك عثمان بن عفان ولا كان في زمانه .

(٤) المغني جـ ٤ ص ٣٩٤ ، الكافي جـ٢ ص ٢٢١ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ١٢١ .

١ ـ أن حزنًا جد سعيد بن المسيب كان له على عليّ رضي الله عنه دين فأحاله ، فمات المحال عليه ، فأخبره فقال : اخترت علينا أبعدك الله» [١] .

ووجه الاستشهاد منه : أنه أبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع .

٢ ـ أن الحوالة براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين .

٣ـ ورد على احتجاج الأحناف فقال :

أ ـ حديث عثمان لم يصح ؛ يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ، ولم يصح سماعه منه .

وقد روي أنه قال : «في حوالة أو كفالة» وهذا يوجب التوقف ، ولا يصح ، ولو صح كان قول علي مخالفًا له .

ب ـ قولهم : إنه معاوضة : لا يصح ؛ لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه .

ويفارق المعاوضة بالثوب : لأن في ذلك قبضًا يقف استقرار العقد عليه ، وهاهنا الحوالة بمنزلة القبض وإلا كان بيع دين بدين .

رأي: لعل ما احتج به ابن قدامة صحيح وطعنه في دليل الأحناف له مبرره .

لكن يرد على احتجاجه بما روي عن علي رضي الله عنه أن ذلك خاص بحالة الوفاة فقط ؛ لأن الحق المحال عليه وجب في تركة المحال عليه فحقه مضمون ، والأصل أن كل متوفى يترك تركة ما .

لكن من ثبت إفلاسه أو مماطلته أو تبين موت المحال عليه مفلسًا وكان المحتال لا يعلم بحال المحال عليه أنه مفلس أو مماطل أو محجور عليه أو نحو

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص٣٩٤ .

ذلك؛ فإن حقه يضيع على هذا الرأي والعدالة تمنع ضياع الحق، وفي رأيي أنه يلزم المحيل دفع ما عليه من حق في هذه الأحوال المذكورة. حتى لو لم يثبت حديث عثمان فالشريعة الإسلامية كفلت لأهل الحقوق حقوقهم، ولم يرو أن أحدًا أباح ضياع حق إنسان، فضلاً عن أن يكون مسلمًا. وظهور الشخص مفلسًا أو مماطلاً أو محجوراً عليه عيب.

المبحث الثالث

بيان متى يجب على المحال قبول الحوالة

يجب قبول الحوالة إذا كانت على مليء. وتحته مطلبان:

المطلب الأول: من هو المليء:

قال ابن قدامة: المليء: هو القادر على الوفاء.

واستدل على ذلك: بما جاء في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «**إن الله تعالى يقول: من يقرض غير عديم ولا ظلوم**»[1]. وفي رواية: «**من يقرض المليء غير المعدم**».

قال ابن قدامة: والمراد بالمليء عند الفقهاء في هذا الموضع: القادر على الوفاء، غير الجاحد ولا المماطل.

ونقل عن الإمام أحمد في تفسير المليء: من كان مليا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا.

---

(١) رواه مسلم رقم ١٧١ في صلاة المسافرين باب الترغيب في الدعاء والذكر في آخر الليل والإجابة فيه.

المطلب الثاني: بيان الحكم فيمن أحيل على مليء.

نقل ابن قدامة ثلاثة أقوال للعلماء في هذه المسألة.

القول الأول: إن من أحيل على مليء فيلزم المحتال والمحال عليه القبول ولا يعتد برضاهما.

وهذا رأي الحنابلة[١].

القول الثاني: لابد من اعتبار رضاهما؛ لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين.

وهذا مذهب الأحناف[٢].

القول الثالث: يعتبر رضى المحتال؛ لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرهما بغير رضاه، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضًا.

وهذا مذهب مالك[٣]، والشافعي[٤] في المحتال.

أما في المحال عليه فقد اختلفا في اعتبار رضاه.

فمالك يوافق علماء الحنابلة في عدم اعتبار رضاه، إلا أن يكون المحتال عدوه.

أما الشافعي ففي اعتبار رضى المحال عليه عنده قولان:

أحدهما: يعتبر. وهو يحكى عن الزهري، لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٣٩٤، الإنصاف جـ٥ ص٢٢٧، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٨٧.
(٢) البحر الرائق جـ٦ ص٢٦٩، مختصر الطحاوي جـ٦ ص١٠٢.
(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٦٩، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٠٧.
(٤) تكملة المجموع للمطيعي جـ١٢ ص٤٣٣، ٤٣٤.

المحيل .

الثاني : لا يعتبر رضاه ؛ لأنه أقامة في القبض مقام نفسه، فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار الموفق الرأي الأول القائل بعدم الاعتداد برضى كل من المحتال إذا أحيل على مليء والمحال عليه[1]، وهذا موافق لمذهب إمامه وأيد هذا بالأدلة التالية :

١ ـ قول النبي ﷺ : «**إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[2] .

٢ـ ولأن للمحيل أن يوفي بالحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في القبض فلزم المحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه .

ويفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضًا: لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله .

المبحث الرابع

بيان ما تبطل به الحوالة ومن يكون القول قوله عند الاختلاف فيها ؟

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الأحوال التي تبطل فيها الحوالة:

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٢ ص ٣٩٤، ٣٩٥، الكافي جـ٢ ص ٣٢١، المقنع جـ٢ ص ١٢١، العمدة ص٢٤٥ .

(٢) سبق تخريجه أول باب الحوالة، وهو صحيح رواه الجماعة إلا الترمذي .

يرى ابن قدامة رحمه الله أن الحوالة تبطل في الأحوال التالية:

١ ـ إذا ظهر المبيع الذي أحيلت قيمته أو ثمنه على المحال عليه مستحقًا لغير بائعه. فهنا يبطل البيع والحوالة كذلك. لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشتري، فلا مكان للحوالة.

٢ ـ إذا ظهر بالعين التي أحيل بثمنها عيب فردها قبل القبض من المحال عليه فالحوالة باطلة.

وصورتها: أن يشتري شخص سلعة ويحيل البائع بثمنها وقبل أن يدفع المحال عليه الثمن ظهر بها عيب يوجب قبول إعادتها على البائع، ففي هذه الحال تبطل الحوالة.

٣ ـ إذا أحال البائع أجنبيًا على المشتري ثم رد السلعة المباعة فتبطل الحوالة في أحد الوجهين عند الحنابلة، إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به.

ولأنه لا فائدة في بقاء الحوالة، فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما[١].

المطلب الثاني: بيان من القول قوله عند الاختلاف في الحوالة:

١ ـ إذا كانت العين المباعة رقيقًا وأحيل بثمنها على شخص وبعد دفع الثمن اعترف كل من المحيل والمحال عليه بحرية الرقيق وكذبهما المحتال ولا بينة؛ فالقول قول المحتال، ولا يقبل قول المحيل والمحال عليه هنا لأنهما يبطلان حقه، أشبه ما لو باع المشتري الرقيق، ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرًا لم يقبل قولهما على المشتري الثاني.

---

(١) راجع المغني جـ٤ ص٣٩٥، ٣٩٦.

لكن الرقيق من حقه أن يثبت ببينة عادلة حريته ويبطل البيع والحوالة معًا، ولا يضيع حق المشتري، بل يرجع على من غره.

٢ - إذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له. فقال: وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل، فقال: بل أحلتني بلفظ الحوالة، أو كانت بالعكس؛ فقال: أحلتك بدينك، قال: بل وكلتني - فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه. لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والأصل معه؛ لعموم القاعدة الفقهية: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

لكن إن وجد مع أحدهما بينة حكم بها.

٣ - إذا اتفقا على أن المحيل قال: أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما: هي حوالة بلفظها، وقال الآخر: بل وكالة بلفظ الحوالة.

قال ابن قدامة: فالقول قول مدعي الحوالة وجهًا واحدًا؛ لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها.

٤ - إذا كان لرجل دين على رجل آخر فطالبه به فقال: قد أحلت به علي فلانًا الغائب وأنكر صاحب الدين. فالقول قوله مع يمينه إلا أن يكون لمن عليه الدين بينة بدعواه فتسمع.

٥ - إذا ادعى رجل أن فلانًا الغائب أحالني عليك، فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله، إلا أن يثبت ذلك ببينة فيعمل بها[1].

---

(١) راجع: المغني جـ ٤ ص ٣٩٨-٣٩٩.

وحيث قلنا : القول قول فلان فذلك مع يمينه ؛ لأنه بمنزلة المنكر ، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر .

* * *

الفصل الثاني

الضمان

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول

تعريفه وأصل مشروعيته

أ ـ **الضمان في اللغة**: مشتق من الضم. وقال القاضي: هو مشتق من التضمين: لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.

وضمن الشيء ضمانًا: كفل به فهو ضامن وضمين، وضمنه الشيء تضمينًا فتضمنه عنه مثل غرمه [1]، والضمن أيضًا: أن يحوي الشيء الشيء.

ب ـ **والضمان شرعًا**: عرفه ابن قدامة في المغني بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعًا [2].

أدلة جوازه:

قال ابن قدامة: والأصل في جوازه: الكتاب، السنة، الإجماع.

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص٣٠٤.

(٢) راجع: المغني لابن قدامة جـ ٤ ص٣٩٩.

أما الكتاب:

فقال تعالى: ﴿ **وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾ (١) .

قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل(٢) .

وأما السنة:

١ ـ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الزعيم غارم**»(٣) .

٢ ـ ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع: «أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلي عليه فقال: **هل عليه دين**؟ قالوا: نعم ديناران. قال: **هل ترك وفاء**؟ قالوا: لا. فتأخر فقيل: لم لا تصلي عليه؟ فقال: **ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ إلا أن قام أحدكم فضمنه**. فقام أبو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله. فصلى عليه النبي ﷺ »(٤) .

الإجماع:

أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في بعض فروعه(٥) .

وللضامن ألقاب فيقال له: ضمين، وكفيل، وقبيل، وحميل، وزعيم،

---

(١) سورة يوسف الآية رقم ٧٢.

(٢) تفسير ابن جرير جـ١٣ ص ١٤ في تفسير سورة يوسف عليه السلام.

(٣) خرجه البيهقي في الضمان باب وجوب الحق بالضمان جـ٦ ص٧٢.

(٤) خرجه البخاري رقم ٢٢٨٩ في الحوالة باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، كما في الفتح جـ٤ ص٤٦٧، وخرجه البيهقي في الضمان باب وجوب الحق بالضمان جـ٦ ص٧٢، وخرجه أبو داود رقم ٣٣٤٣ في البيوع باب التشديد في الدين جـ٣ ص٦٣٨.

(٥) الإفصاح عن معاني الصحاح جـ١ ص٣٨٥.

وصبير، كلها بمعنى واحد[١].

وأركان الضمان: ١ـ ضامن. ٢ـ مضمون عنه. ٣ـ مضمون له.

٤ـ مضمون به.

المبحث الثاني

الرضى المعتبر فيه وغير المعتبر

١ـ يقول ابن قدامة: ولابد من رضى الضامن: فإن أكره على الضمان؛ لم يصح.

٢ـ أما رضى المضمون عنه فغير معتبر.

يقول ابن قدامة: لا نعلم في حكم المسألتين خلافًا[٢].

٣ـ أما رضى المضمون له؟ فقد نقل ابن قدامة للعلماء في اعتبار رضاه قولين:

القول الأول: لا يعتبر رضاه كالمضمون عنه.

وهذا مذهب مالك[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]، وأبي يوسف[٦].

القول الثاني: إن رضاه لابد منه فهو معتبر ومعتد به.

وهو مذهب أبي حنيفة، ومحمد[٧].

---

(١) تهذيب اللغة للأزهري جـ١٢ ص٤٩ مادة: ضمن.

(٢) المغني جـ٤ ص٣٩٩.

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٤) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٣ ص ١٢.

(٥) المغني جـ٤ ص ٤٠٠.

(٦)، (٧) مختصر الطحاوي ص ١٠٤.

والسبب في اعتباره؛ لأن المقام إثبات مال الآدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء.

واختار ابن قدامة مذهب الجمهور[١] وأيده بما يلي:

١ ـ أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له والمضمون عنه فأجازه النبي ﷺ [٢].

٢ ـ وكذلك ما روي عن علي رضي الله عنه من احتمال الدين عن المدين[٣].

٣ ـ ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة.

٤ ـ ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلمه المخالف.

رأي: إذا كان الضامن مليئًا لزمه القبول، وإن كان مماطلاً وهدفه إضاعة الحق كمن يتعاصبون على الباطل فله أن يرد وحينئذ رضاه معتبر.

المبحث الثالث

بيان أحكام بعض الشروط المختلف فيها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ضمان المجهول:

أ ـ صورته: أن يقول الضامن أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى

---

(١) المغني جـ٤ ص ٤٠٠، الكافي جـ٢ ص٢٣٨.

(٢) سبق تخريجه قريبًا.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي جـ٦ ص ٧٣، قال: وإسناده ضعيف.

به عليه، أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك. فهذا مجهول لا يعرف الآن وإن كان مصيره أن يعرف.

ب ـ حكم ضمان المجهول: نقل ابن قدامة خلاف العلماء في صحة ضمان المجهول وأنهم على قولين:

القول الأول: صحة ضمان المجهول.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: لا يصح ضمان المجهول؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع.

وهذا مذهب الشافعي[٤].

❐ اختيار ابن قدامة ودليله:

اختار ابن قدامة الرأي الأول وهو صحة ضمان المجهول[٥]، وهو موافق للمذهب، ودلل لاختياره بالأدلة التالية:

١ ـ قوله تعالى: ﴿**وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾[٦].

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٠٩، الكافي جـ٢ ص ٧٩٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٠٦، البحر الرائق جـ٦ ص٢٣٧.

(٣) الإنصاف جـ٥ ص ١٩٥، وكشاف القناع جـ٣ ص ٣٧٦.

(٤) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٣ ص١٨.

(٥) المغني جـ٤ ص ٤٠١، الكافي جـ٢ ص ٢٤٠، المقنع جـ٢ ص ١١٣.

(٦) سورة يوسف آية ٧٢.

ووجه الدلالة من الآية: أن حمل البعير غير معلوم ؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه .

٢ ـ عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**الزعيم غارم**»[١]، ووجه الشاهد منه تغريم الضمين مطلقًا فيدخل في ضمان المجهول.

٣ ـ ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة؛ فصح في المجهول كالنذر والإقرار.

٤ ـ ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة[٢] .

المطلب الثاني: حكم صحة الإطلاق في الضمان عن كل من وجب عليه حق حيًا كان أو ميتًا مليئًا أو مفلسًا.

يقول ابن قدامة: جمهور العلماء على صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حيًا أو ميتًا مليئًا أو مفلسًا[٣] .

ثم نقل خلاف أبي حنيفة[٤] في مسألة الموت حيث قال: لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاءً.

فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف.

---

(١) سبق تخريجه عند الاحتجاج لصحة الضمان، وهو في البيهقي جـ٦ ص٧٢ في الضمان.

(٢) المغني جـ٤ ص١٠٤، مطبعة الفجالة الجديدة ١٩٦٩م.

(٣) راجع في مذهب مالك: الكافي جـ٢ ص٧٩٣، وفي مذهب الشافعي: المجموع جـ١٣ ص٧ وفي مذهب أحمد: الإنصاف جـ٥ ص١٩٧.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٠٤.

واحتج لما ذهب إليه بقوله:

١ ـ لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء.

٢ ـ ولأن ذمته قد خربت خرابًا لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة في التزامه. أي فلا يمكن تحققه.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة رأي الجمهور[(١)].

واستدل على ما ذهب إليه بما يلي:

١ ـ ما ورد عن أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما فإنهما تحملا دين ميت لم يخلف وفاءً.

ثم إن النبي ﷺ حثهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله: «**ألا قام أحدكم فضمنه**»[(٢)]، وهذا صريح في المسألة.

٢ ـ ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاءً.

٣ ـ القياس على مسألة ما إذا تبرع رجل بقضاء دينه فإنه يجوز لصاحب الدين اقتضاؤه.

المطلب الثالث: من يصح ضمانه ومن لا يصح:

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٤٠١، الكافي جـ٢ ص٢٣٨، المقنع جـ٢ ص١١٤.

(٢) خرجه أبو داود والبيهقي كما تقدم وأحمد في الحوالة والضمان باب في أن المضمون عنه إنما يبرأ بأداء الضامن، انظر: الفتح الرباني جـ ١٥ ص١٠١.

قال ابن قدامة: يصح ضمان كل جائز التصرف[١] في ماله سواء أكان رجلاً أم امرأة؛ لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع.

أما الذين لا يصح منهم فهم:

١ - المجنون لزوال عقله ورفع التكليف عنه مما لا يمكن مطالبته.

٢ - الذي يخلط في كلامه ويهذي بسبب علة فيه. ويقال له المبرسم[٢].

٣ - الصبي غير المميز؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالنذر.

٤ - السفيه المحجور عليه: وخالف في صحة ضمانه الشافعي[٣] فقال: يصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه، فكذلك ضمانه.

ورجح ابن قدامة عدم صحة ضمانه وعلل لذلك: بأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء.

ولا يشبه الإقرار: لأنه إخبار بحق سابق.

٥ - الصبي المميز: الذي يذهب إليه ابن قدامة عدم صحة ضمانه قال: وهو الصحيح من الوجهين؛ لأنه التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والنذر.

٦ - المحجور عليه لفلس: يرى ابن قدامة صحة ضمانه ويتبع به بعد فك

---

(١) وهو البالغ العاقل الحر الرشيد.

(٢) البرسام بالكسر: علة يُهذى فيها بسبب شدة الحمى.

(٣) المجموع جـ١٣ ص ٩. والذي يظهر أن الشافعي لا يجيزه كمذهب الجمهور.

الحجر عنه؛ لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الرهن [١] .

٧ـ إقرار الرقيق: الذي اختاره ابن قدامة من قولي العلماء صحة ضمانه فيما لا ضرر فيه على السيد، كالإقرار بالإتلاف.

ويتبع به بعد العتق، لأنه من أهل التصرف. سواء أكان مأذونًا له في التجارة أم غير مأذون له.

٨ـ المريض:

أـ إن كان مرضه غير مخوف فكالصحيح.

ب ـ إن كان مرضه مخوفًا:

فالذي اختاره ابن قدامة أن حكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلث ماله؛ لأنه تبرع بالتزام ما لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضًا فأشبه الهبة[٢] .

المبحث الرابع

تحديد براءة المضمون عنه

نقل ابن قدامة في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يبرأ المضمون عنه بنفس الضامن كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض، بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه.

ولصاحب الحق مطالبة من شاء في الحياة، وبعد الموت يطالب ورثته.

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص ٤٠٥، الكافي جـ٢ ص٢٣٨، المقنع جـ٢ ص١١٣.

(٢) المغني كما سبق.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١]، والشافعي [٢]، وأحمد [٣].

وهو قول الثوري، وإسحاق، وأبي عبيد [٤].

القول الثاني: الكفالة والحوالة سواء، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل.

وهذا قول أبي ثور، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة [٥].

القول الثالث: الحي لا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة ـ أي في مذهب الحنابلة ـ أما الميت: ففي براءته بمجرد الضمان روايتان.

الأدلة والمناقشة:

أ ـ أدلة القول الأول:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**» [٦].

٢ ـ قوله ﷺ في خبر أبي قتادة «**الآن بردت جلدته عليه**» [٧]. حين أخبره

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٣.

(٢) تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٦.

(٣) الإنصاف جـ٥ ص ١٩٧، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٨١، المغني جـ٤ ص ٤٠٥.

(٤)،(٥) المغني جـ٤ ص ٤٠٥.

(٦) خرجه ابن ماجة رقم ٢٤١٣ في الصدقات باب التشديد في الدين جـ٢ ص ٨٠٦، والبيهقي في الضمان باب الضمان عن الميت جـ ٦ ص ٧٦.

(٧) رواه أحمد في المسند في الحوالة والضمان باب في أن المضمون عنه إنما يبرأ بأداء الضامن. انظر: الفتح الرباني جـ ١٥ ص ١٠١، وخرجه البيهقي في الضمان باب الضمان عن الميت جـ٦ ص٧٥.

أنه قضى دينه .

٣ـ ولأن الضمان وثيقة لا تنقل الحق كالشهادة .

ب ـ أدلة المذهب الثاني :

١ ـ ما رواه أبو سعيد الخدري.قال : « كنا مع النبي ﷺ في جنازة فلما وضعت قال : **هل على صاحبكم من دين**؟ قالوا : نعم درهمان . فقال : **صلوا على صاحبكم**. فقال علي : هما علي يا رسول الله ، وأنا لهما ضامن . فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ، ثم أقبل على علي فقال : **جزاك الله خيرًا عن الإسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك** ، فقيل : يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال : **للناس عامة**»[1] .

ووجه الاستشهاد فيه : الدلالة على أن المضمون عنه برئ بالضمان .

٢ ـ ما رواه الإمام أحمد في المسند عن جابر قال : « توفي صاحب لنا ؛ فأتينا رسول الله ﷺ ليصلي عليه . فخطا خطوة ثم قال : **أعليه دين**؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة ، فقال : الديناران علي . فقال رسول الله ﷺ : **وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما** ؟ قال نعم : فصلى عليه ثم قال بعد ذلك : **ما فعل الديناران**؟ قال : إنما مات أمس . قال : فعاد إليه الغد ، فقال : قد قضيتهما ، فقال رسول الله ﷺ : **الآن بردت جلدته**»[2] .

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى في الضمان باب وجوب الحق بالضمان جـ ٦ ص ٧٣ . قال : وفيه عطاء بن عجلان ضعيف ، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي كما تقدم في الصفحة السابقة وهو فيه جـ ٦ ص ٧٦ ، ومسند أحمد مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٠١ ، وتقدم في الصفحة السابقة .

ووجه الاستدلال: الصراحة الدالة على براءة المضمون عنه لقوله: « **وبرئ الميت منهما** ».

٣ـ ولأنه دين واحد فإذا صار في ذمة ثانية برئت منه الأولى كالمحال به، ذلك لأن الدين الواحد لا يحل محلين.

❑ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة الرأي الأول، وهو عدم براءة المضمون عنه بنفس الضامن. وساق الأدلة السابقة لتأييده. ثم ناقش أدلة أهل الرأي الثاني فقال:

١ ـ أما صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه: فلأنه بالضمان صار له وفاء. وإنما كان النبي ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء؛ لأن صلاته شفاعة، وشفاعته لا تسقط حق المخلوقين.

٢ ـ أما قوله لعلي: «**فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك**»، فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي ﷺ ، فلما ضمنه فكه من ذلك أو ما في معناه.

٣ـ وقوله: «**برئ الميت منهما**» ، أي أنت المطالب بهما. وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء: «**الآن بردت عليه جلدته**».

٤ ـ مفارقة الضمان للحوالة: فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما.

والحوالة من التحول . فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه.

٥ ـ وقولهم: إن الدين الواحد لا يحل محلين. قلنا: يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن.

وهذا من فقاهة النفس عند الموفق. وإن كنت أميل إلى قول من قال بالبراءة

للمضمون عنه طالما أن الضامن مطالب أمام العدالة بالتسديد إلا أن يتخلى عن كفالته فيقبل ذلك المضمون له فتعود المسئولية إلى المضمون عنه كما كانت .

مع أن القول بعدم البراءة حتى التسديد لكل ما على المضمون عنه هو الأوجه .

أما من ذهب إلى التفريق بين حال الحياة وحال الموت فإنما هو تقسيم في مذهب الحنابلة .

فالرواية الأولى : أن الميت يبرأ بمجرد الضمان كما قال أبو بكر عبد العزيز . نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى(١) .

والدليل ما ذكر في خبري علي وأبي قتادة رضي الله عنهما .

ولأن فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته ، فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحي ، فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق .

وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق بالحق . وهذ تفريق جيد .

أما الرواية الثانية : فلا يبرأ إلا بالأداء لما ذكره ابن قدامة في الاحتجاج السابق ، ولأنه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي(٢) .

قال ابن قدامة : ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه ، وإن أبرأهما برئت ذمتهما .

وإن أبرأ أحدهما : فإن كان الإبراء للمضمون عنه ؛ برئت ذمتاهما ، وإن

---

(١) المغني جـ ٤ ص ٤٠٩ .

(٢) المغني لابن قدامة كما سبق .

كان الإبراء للضامن؛ لم تبرأ ذمة المضمون عنه لأنه أصل ولا تبرأ ذمته ببراءة ذمة التبع[١] .

المبحث الخامس

بيان متى يحق للضامن الرجوع على المضمون عنه

١ ـ إن أدى الدين متبرعًا به غير ناوي للرجوع به فلا يرجع بشيء؛ لأنه تطوع بذلك، أشبه الصدقة، وسواء أضمن بأمره أم بغير أمره.

٢ ـ إذا أراده بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال:

أ ـ أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه مطلقًا، أي سواء قال: اضمن عني أو أد عني أم أطلق.

وهذا مذهب مالك[٢] ، والشافعي[٣]، وأبي يوسف من الأحناف[٤]، ومذهب الحنابلة[٥].

أما أبو حنيفة ومحمد[٦] ففرقا بين قوله: اضمن عني وانقد عني، وبين انقد هذا فقال: يرجع عليه في الأولى دون الثانية، إلا أن يكون مخالطًا له يستقرض منه ويودع عنده.

وحجتهما أن قوله: اضمن عني وانقد عني إقرار منه بالحق.

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص٤٠٩.

(٢) الكافي جـ٢ ص ٧٩٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١١٠.

(٣) تكملة المجموع جـ١٣ ص٢٧.

(٤) مختصر الطحاوي ص ١٠٤.

(٥) المغني جـ٤ ص ٤١٠، الإنصاف جـ٥ ص ٢٠٤.

(٦) مختصر الطحاوي ص ١٠٤.

أما إذا أطلق صار كأنه قال: هب لهذا أو تطوع عليه.

وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً ؛ لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة رأي الجمهور.

وعلل لاختياره: بأنه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما إذا كان مخالطًا له.

وما ذكره أبو حنيفة وصاحبه ليس بصحيح؛ لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به[(١)].

ثم هي حقوق لا يجوز أن تضيع اللهم إلا إذا تبرع بذلك ناويًا به وجه الله.

ب - أن يضمن بأمره ويقضي بغير أمره، وفي هذه الحال نقل ابن قدامة ثلاثة أقوال للفقهاء:

القول الأول: إن للضامن الرجوع.

وهذا هو مذهب مالك[(٢)]، والشافعي[(٣)] في أحد قوليه، وهو مذهب أحمد[(٤)].

القول الثاني: لا يرجع به عليه.

وهو القول الثاني للشافعي[(٥)].

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٤١١، الكافي جـ ٢ ص٢٤١، المقنع جـ٢ ص ١١٦.

(٢) الكافي وجواهر الإكليل كما سبقت الإشارة. ص٢٨٤.

(٣) تكملة المجموع جـ١٣ ص٢٨.

(٤) المغني جـ١٠ ص ٤١١، الإنصاف جـ٥ ص٤٠٢.

(٥) تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٨.

وحجته: لأنه دفع بغير أمره، أشبه ما لو تبرع به.

القول الثالث: إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا، لأنه تبرع بالدفع.

وهو مذهب أبي حنيفة(١).

ورجح ابن قدامة الرأي الأول، وعلل لهذا الاختيار(٢):

بأنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء؛ لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحًا.

جـ - أن يضمن بغير أمره ويقضي بأمره.

قال ابن قدامة: له الرجوع. وحكى أن الظاهر من مذهب الشافعي: المنع؛ لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه.

وأيد ابن قدامة وجهة نظر المذهب بما يلي:

١ - بأن الضامن أدى دين المضمون عنه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضمانًا، أو كما لو ضمن بأمره.

٢ - قولهم: إن إذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب لضمانه مردود بأن الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه، وليس شيئًا آخر، فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله.

د - أن يضمن بغير إذنه ويقضي بغير أمره.

ذكر ابن قدامة قولين في هذه الحالة:

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٤.

(٢) راجع: المغني جـ٤ ص ٤١١، الكافي جـ٢ ص ٢٤٢، المقنع جـ٢ ص١١٦.

القول الأول: يرجع بما أدى .

وهذا رأي مالك[١] ، وعبد الله بن الحسن، وإسحاق، ورواية في مذهب الحنابلة[٢] .

القول الثاني: لا يرجع بشيء.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣] ، والشافعي[٤]، وابن المنذر، والرواية الثانية عند الحنابلة.

واستدل لهذا الرأي بما يلي :

١ ـ ما روي عن علي وأبي قتادة رضي الله عنهما ، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل عليه النبي ﷺ .

٢ ـ ولأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره.

والذي يظهر أن ابن قدامة يميل إلى القول الأول[٥] ، ويحتج لذلك بما يلي :

١ ـ أنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.

---

(١) الكافي جـ٢ ص ٧٩٤، ٧٩٥.

(٢) الإنصاف جـ٥ ص ٢٠٤، ٢٠٥.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٠٣، ١٠٤.

(٤) تكملة المطيعي للمجموع جـ١٣ ص٢٧.

(٥) المغني جـ٤ ص٤١١، الكافي جـ٢ ص ٢٤١.

٢ـ ثم رد احتجاج أهل الرواية الثانية فقال: فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فقضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء؛ لأنه سأل عن ذلك فأجيب.

والمتبرع لا يرجع بشيء، وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع فكأن مخالفتهم بعيدة عن موطن النزاع.

رأي: الذي يظهر لي أنه لا يجب عليه شيء بالمطالبة وإنما من باب الخلق. ومن باب: من أسدى إليكم معروفًا فكافئوه وإلا فهذا يشبه تصرف الفضولي.

المبحث السادس

الكفالة بالنفس

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم صحتها:

يقول ابن قدامة في كتابه المغني: الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم.

وهذا مذهب شريح، ومالك[١]، والثوري، والليث، وأبي حنيفة[٢]، وأحمد[٣].

أما الشافعي[٤] رحمه الله: فالمروي عنه أن الكفالة بالبدن عنده ضعيفة.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١١٤، الكافي جـ٢ ص ٧٩٤.

(٢) البحر الرائق جـ٦ ص ٢٢٥، مختصر الطحاوي ص ١٠٤.

(٣) الإنصاف جـ٥ ص ٢١٢، كشاف القناع جـ٣ ص٣٧٥.

(٤) تكملة المجموع جـ١٣ ص ٣٩.

واختلف أصحابه:

أ ـ فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحدًا، وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر.

ب ـ ومنهم من قال: فيها قولان:

أحدهما: إنها غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين.

ثانيهما: إنها صحيحة.

والذي اختاره ابن قدامة ما عليه جمهور العلماء(١)، وأيد ذلك بالأدلة التالية:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ **قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ** ﴾(٢).

٢ ـ ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال.

المطلب الثاني: الكفالة بالبدن لمن عليه حد:

الذي عليه الجمهور ـ كما يقول ابن قدامة ـ عدم صحة الكفالة بالبدن لمن عليه حد مطلقًا سواء أكان الحد لحق الله أم لحق المخلوق(٣).

وإنما نقل الخلاف عن الشافعي في حدود الآدمي، فمرة منع الكفالة فاتفق

---

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٤١٦، الكافي جـ٢ ص ٢٤٤، المقنع جـ٢ ص١١٨.

(٢) سورة يوسف آية ٦٦.

(٣) ذكره في المغني جـ٦ ص ٤١٦.

مع الجمهور، ومرة أجاز الكفالة بمن عليه حق أو حد.

وكأن ملحظه: أنه حق لآدمي، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين.

والذي رجحه ابن قدامة رأي الجمهور، واستدل على ذلك بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «**ولا كفالة في حد**»[١].

٢ ـ ثم إنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى.

٣ ـ الفارق بين الكفالة بالدين والكفالة بالحد، فالكفالة استيثاق والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات؛ فلا يدخل فيها الاستيثاق.

٤ ـ ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول عنه فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا[٢].

المطلب الثالث: متى يؤاخذ الكفيل ويلزم بدلاً من المكفول بالبدن:

أ ـ إذا كانت الكفالة حالة؛ لزمه إحضار مكفوله في الحال وإلا أودع السجن حتى حضوره وإن طلب مدة ممكنة لإحضاره فلا مانع إن رأى الحاكم ذلك، وله إلزامه بالدفع إذا لم يتمكن من إحضار مكفوله لقوله ﷺ: «**الزعيم غارم**»[٣].

---

(١) خرجه البيهقي بإسناد ضعيف في الضمان باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق جـ٦ ص٧٧.

(٢) المغني جـ٤ ص٤١٦.

(٣) تقدم تخريجه.

ب ـ إذا كانت مؤجلة لم يلزمه إحضاره قبل الأجل قياسًا على الدين المؤجل، فإذا حل سلمه وبرئ إن كان حاضراً.

فإن كان غائبًا أو ارتد فلحق بدار حرب أو نحو ذلك فما الحكم؟

يقول ابن قدامة: إنه لا يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته.

وحكى قولاً لابن شبرمة وهو: يحبس في الحال، ودليله: أن الحق قد توجه عليه.

ورد ابن قدامة هذا فقال: إن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم وإن كان حالاً كالدين، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من إحضاره مع إمكانه؛ أخذ بما عليه[1].

قلت: ومفهومه أنه إذا لم يتمكن لم يؤاخذ وهذا منطق الشرع الحنيف، كما أن الوسائل في العصر الحديث إذا استخدمت وسخرت بجد؛ فإنه من المتيسر العثور على كل من يهرب أو يحاول أن يفلت من يد العدالة. وهذا إنما يكون بتطبيق شرع الله بكل جد وإخلاص ومحاولة تعميم البلاد كلها من المشرق إلى المغرب ومن الشمال إلى الجنوب بمد إسلامي وفتح عظيم، وتربية الناس على الإيمان بالله حتى يتفادى وقوع مثل هذه الأحوال، والله أعلم.

---

(١) انظر: كتاب المغني جـ٤ ص٤١٧.

المبحث السابع

بيان متى يبرأ الكفيل

ويبرأ الكفيل كما يلي:

١ ـ إذا أدى المكفول عنه ما عليه أو أحضر الكفيل مكفوله إلى مكان طلبه، إذا كانت الكفالة حضورية.

٢ ـ إذا مات المكفول عنه:

قال ابن قدامة: إذا مات المكفول عنه سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء.

وهذا هو مذهب الأحناف[١]، والشافعية[٢]، الحنابلة[٣].

وهو قول: شريح، والشعبي، وحماد بن أبي سلمة.

أما الحكم ومالك[٤] والليث فقد ذهبوا إلى وجوب الغرم على الكفيل، ودللوا لذلك بما يلي:

١ ـ بأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن.

٢ ـ ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

---

(١) البحر الرائق جـ٦ ص٢٥٣.

(٢) تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٢.

(٣) المغني جـ٤ ص٤٢٠، الإنصاف جـ٥ ص ٢١٥.

(٤) الكافي لابن عبد البر جـ٣ ص٧٩٥.

☐ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة الرأي الأول[١] القائل بسقوط الكفالة، وهو موافق للمذهب. واحتج لذلك بما يلي:

١ ـ أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما برئ من الدين.

٢ ـ ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه.

٣ ـ وفارق ما إذا غاب فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن فإنه علق به المال فاستوفي منه.

رأي: لا يخفى قوة ما ذهب إليه مالك رحمه الله وبخاصة إذا لم يترك المتوفى وفاءً لدينه، أما إذا ترك وفاءً لدينه فيستوفى منه ويبرأ حينئذ الكفيل.

هذا إذا كانت الكفالة من أجل استحقاق. أما إذا كانت متعلقة بخصوص الحضور، فما ذهب إليه الجمهور هو الحق إن شاء الله.

❊ ❊ ❊

(١) راجع: المغني جـ٤ ص ٤٢١، والكافي جـ٢ ص ٢٤٥، والمقنع جـ٢ ص ١١٩.



الباب الثامن

الصلح



الباب الثامن
الصلح

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول
تعريف الصلح وأنواعه وبيان المراد به في باب المعاملات

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول
تعريفه

أ ـ التعريف اللغوي:

قال الفيروزآبادي: الصلح بالضم السلم. وصالحه مصالحة وصلاحًا، واصطلحا واصّالحا وتصالحا واصتلحا[1] بمَعنى واحد.

ب ـ التعريف الاصطلاحي:

عرف ابن قدامة الصلح بأنه معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين[2].

(١) القاموس المحيط فصل الصاد باب الحاء جـ ١ ص ٢٤٣.
(٢) المغني جـ ٤ ص ٣٥٧.

وعرفه غيره بنحو تعريفه أو قريب منه .

المبحث الثاني

أنواعه

يذكر ابن قدامة أن الصلح أنواع :

١ ـ صلح بين المسلمين وأهل الحرب .

ومنه قوله تعالى : ﴿ **وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ** ﴾[١] .

٢ ـ وصلح بين أهل العدل وأهل البغي : ﴿ **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾[٢] .

٣ ـ صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما : قال تعالى : ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾[٣] .

٤ ـ إصلاح ذات البين : روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « **الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا** »[٤] .

---

(١) سورة الأنفال آية ٦١ .

(٢) سورة الحجرات آية ٩ .

(٣) سورة النساء آية ١٢٨ .

(٤) خرجه أبو داود رقم (٣٥٩٤) باب الصلح من كتاب الأقضية . والترمذي في باب الصلح بين الناس من كتاب الأحكام جـ ٦ ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، وقال : حسن صحيح .

وقد أجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع المذكورة.

قال ابن قدامة: ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه.

٥ ـ الصلح بين المتخاصمين في الأموال، وهذا هو المراد به في هذا الباب[١]. أي باب المعاملات.

المبحث الثالث

أقسام الصلح بين المتخاصمين

يقسم ابن قدامة الصلح بين المتخاصمين إلى قسمين:

أحدهما: صلح على إقرار.

ثانيهما: الصلح على إنكار.

قال ابن قدامة في كتابه المغني[٢]: ولم يسم الخرقي الصلح إلا في الإنكار خاصة.

* * *

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ ٤ ص ٣٥٧.

(٢) المغني كما سبق.



الفصل الثاني

الصلح على إنكـار

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

تعريفـه

ساق ابن قدامة تعريف الخرقي للصلح على إنكار: فقال: الصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه. وكان ابن قدامة يرتضي هذا التعريف لصلح الإنكار[1].

المبحث الثاني

حكم الصلح على إنكار

يحكي ابن قدامة الخلاف في جواز الصلح على إنكار إلى قولين:

القول الأول: أن الصلح على إنكار صحيح.

وهذا مذهب مالك[2]، وأبي حنيفة[3]، وأحمد[4]، رحمهم الله.

---

(١) المغني جـ٤ ص٣٥٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٦٤، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٠٣.

(٣) شرح فتح القدير جـ٧ ص ٣٧٧.

(٤) راجع: المغني جـ ٤ ص ٣٥٧، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٩٧، الإنصاف جـ٥ ص ٢٤٣.

وقد اختاره الموفق فسيأتي بيان الحجة له في بيان اختياره.

القول الثاني: إنه لا يصح.

وهو قول الشافعي[١] رحمه الله. وهو مذهب أهل الظاهر[٢].

واستدل لهذا المذهب بما يلي:

١ ـ لأنه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره.

٢ ـ ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف.

□ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة القول الأول القائل بصحة الصلح على إنكار[٣]، وهو موافق للمذهب. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ عموم قوله ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين**»[٤]، فيدخل صلح الإنكار في هذا العموم.

٢ ـ ولأن المدعي هاهنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٩١، المجموع جـ ١٢ ص ٣٩٣.

(٢) المحلى جـ ٨ ص ١٦٠ وما بعدها.

(٣) راجع: المغني جـ ٤ ص ٣٥٧، ٣٥٨، الكافي جـ ٢ ص ٢٠٢، وقيد صحته بأن يكون المنكر معتقداً بطلان الدعوى فيدفع المال افتداءً ليمينه، والمقنع جـ ٢ ص ١٢٥، ١٢٦، والعمدة ص ٢٥١ وذكر ما يدل على كلامه في الكافي.

(٤) خرجه أبو داود والترمذي، وتقدم قريباً في بيان أنواع الصلح.

لدفع الشر عنه وقطع الخصومة. ولم يرد الشارع بتحريم ذلك في موضع.

٣ـ ولأنه صلح يصح مع الأجنبي، فصح مع الخصم كالصلح مع الإقرار.

٤ ـ ثم إنه يصح مع الأجنبي مع غناه عنه، فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه من باب أولى.

وحتى يسلم له ما ذهب إليه علل ترجيحه بإسقاط دليل الشافعية فقال:

قولهم: إنه معاوضة لا يخلو إما أن يكون معاوضة في حق أحدهما، أو في حقهما. فإن كان في حقهما فهو ممنوع، أما في حق أحدهما فمسلم لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه، والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي، فهو إبراء في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر.

ثم عقب ابن قدامة على صحة هذا النوع من الصلح بأنه مقيد بقيد مهم لا يصح بدونه وهو أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه.

فإذا تحقق هذا الشرط صح الصلح على إنكار فيدفع إلى المدعي شيئًا افتداءً ليمينه، وقطعًا للخصومة وصيانة لنفسه من التبذل وحضور مجالس الحاكم. فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم.

والمدعي يأخذ ذلك عوضًا عن حقه الثابت له، فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضًا[١].

فانظر إلى فقاهة النفس وسعة الأفق عند هذا الفقيه العظيم، وصدق الله العظيم: ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ﴾[٢].

* * *

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ ٤ ص ٣٥٧، ٣٥٨.

(٢) بعض الآية ٢٨٢ سورة البقرة.

الفصل الثالث

في تعريف الصلح على إقرار وأحكامه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

تعريفه

الصلح على إقرار: هو أن يعترف الإنسان بحق عليه لغيره ثم يمتنع عن أدائه حتى يصالح على بعضه[١].

المبحث الثاني

حكمه

يرى ابن قدامة تبعًا للخرقي عدم صحة الصلح على إقرار؛ لأنه يصالح عن بعض ماله ببعض وهذا محال.

وأنكر الصلح على إقرار بجميع صوره الممكنة وهي:

أ- أن يكون بلفظ الصلح.

ب- أن يكون بلفظ الإبراء.

جـ- أن يكون بلفظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول: أبرأتك عن

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣٦١.

خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي.

د ـ كذلك لو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاط بعضه، فالحكم كالسابق ـ حرام ـ لأنه هضمه حقه.

وقد أيد ابن قدامة عدم صحة الصلح على إقرار بما نقله عن ابن أبي إسحاق أنه قال: الصلح على إقرار هضم للحق[١].

رأي: إذا كان المدين يعترف بالحق ويدعي الإعسار ولا يطلب الصلح ولكن صاحب الحق عرضه عليه بأن قال: أعطني البعض وأبرأتك من البعض الآخر، فهو إبراء صحيح إن شاء الله. ولعل من ذهب إلى إنكار الصلح على الإقرار إذا كان من جانب المدين، والشبهة فيه أن فيه إضاعة بعض الحق، ويلجأ إليه الناس، كلما أرادوا أن يخصم لهم مما عليهم قالوا نصطلح فيضطر صاحب الحق أن يذعن لذلك ونفسه غير راضية ولكنه كالمجبر عليه.

* * *

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦١.

الفصل الرابع
في أحكام مسائل مختلفة من الصلح

المبحث الأول
فيمن صالح على المؤجل ببعضه حالاً

الصورة: أن يكون لشخص على آخر مائة ريال مؤجلة إلى نهاية شهر ذي الحجة مثلاً وذلك ابتداءً من محرم. فيصالحه في ربيع الأول على تعجيل ثمانين ريالاً وإسقاط عشرين ريالاً مقابل التعجيل.

الحكم: نقل ابن قدامة قولين للعلماء في هذه المسألة:

القول الأول: عدم جواز المصالحة على المؤجل ببعضه حالاً. قال الموفق: وقد كرهه زيد بن ثابت، وابن عمر، رضي الله عنهم من الصحابة.

وهو رأي سعيد بن المسيب، والقاسم، وسالم، والحسن، والشعبي[(١)]، وهو مذهب مالك[(٢)]، وابن عيينة، وهشيم، وأبي حنيفة[(٣)]، وإسحاق، والشافعي[(٤)]، وأحمد[(٥)]، رحمهم الله جميعًا.

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦٧.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٦٤، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٠٧.

(٣) شرح فتح القدير جـ ٧ ص ٣٩٦.

(٤) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٨٦، تكملة المطيعي للمجموع جـ ١٢ ص ٣٩٠.

(٥) راجع: المغني جـ ٤ ص ٣٦٧، الإنصاف جـ ٥ ص ٢٣٦، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٩٢.

وقد استدل لهذا المذهب بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه: « نهى أن تباع العين بالدين »[١].

القول الثاني: لا بأس به:

وهو قول ابن عباس، والنخعي، وابن سيرين[٢]، وهو قول أهل الظاهر[٣].

ولعل الحجة لهذا القول: أن مبدأ التعجيل جائز ومبدأ الإسقاط وحده جائز. فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه.

❐ اختيار الموفق ابن قدامة:

اختار ابن قدامة الرأي القائل بعدم الجواز[٤]، وهو موافق لمذهب إمامه، وعلل لذلك بما يلي:

١ - بأن المصالح يبذل القدر الذي يحطه عوضًا عن تعجيل ما في ذمة صاحبه وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز. أي وهذا منه.

فإنه كمن باع عشرة حالة بعشرين مؤجلة.

٢ - ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ولا عقد، فإن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض.

رأي: ما ذهب إليه ابن قدامة يستند إلى دليل غير أنه يمكن القول برأي ابن

---

(١) ذكره الموفق في المغني كما سبق، ولم أجد من خرجه.

(٢) المغني كما سبق.

(٣) المحلى جـ ٨ ص ١٦٥.

(٤) راجع ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ ٤ ص ٣٦٧، الكافي جـ ٢ ص ٢٠٥، المقنع جـ ٢ ص ١٢٤، العمدة ص ٢٥١.

عباس إذا توفرت ثلاثة شروط :

١ ـ أن لا يكون فعلهما من باب المواطأة .

٢ ـ أن لا يكون المصالح مرغمًا على قبول حقه بحيث لو لم يصالحه يضيع حقه .

٣ ـ أن تظهر حاجة المصالح إلى ما صالح عليه .

وقياس ابن قدامة ما نحن فيه على بيع العشرة حالة بعشرين مؤجلة منتقض لأن صورة الربا واضحة في المقيس عليه ، أما في المقيس فتكون من باب الإسقاط لبعض الحق نظرًا لظرف فتقدر بقدرها .

والأولى الابتعاد عن كل ما فيه شبهة الربا ، فهو كما يكون في الزيادة بسبب التأجيل ، قد يكون في النقص بسبب التعجيل من جانب المدين،والله أعلم .

المبحث الثاني

ما يصح عليه الصلح وما لا يصح

وضع ابن قدامة قاعدة لكل ما يصح الصلح عليه وما لا يصح فقال[١] : ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز ، ومثّل لما يجوز بالصلح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ، وقد صالح الحسن والحسين وسعيد بن العاص الذي وجب له القصاص على هدبة ابن خشرم بسبع ديات فأبى أن يقبلها[٢] .

---

(١) المغني جـ ٤ ص ٣٦٩ .

(٢) ذكره في المغني كما سبقت الإشارة .

ثم قال: ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل أن يصالح امرأة لتقر له بالزوجية ؛ لأنه صلح يحل حرامًا. وهكذا كل ما جرى مجراه.

وذكر بعض أهل العلم أن الصلح كالبيع فما صح بيعه صح الصلح عنه وما لا فلا[1].

المبحث الثالث

الصلح مع الشاهد ألا يشهد عليه

يذهب ابن قدامة إلى عدم جواز الصلح على إسقاط الشهادة مطلقًا، وعلل ذلك بأن الأمر لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصالح الشاهد على ألا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين الآدمي، أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها.

فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر وترك الصلاة.

الثاني: أن يصالحه على ألا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله، فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على ألا يقتله ولا يغصب ماله.

رأي: شاهد الزور في كل وقت محترف بشهادته، وفي رأيي أن المشهود عليه إذا تأكد من صدقه وكذب خصمه، وأن الشاهد لا يردعه خوف من الله

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي جـ٦ ص ٦٤، ٦٥.

ولا يؤنبه ضمير - فإنني أرى أنه لا مانع من دفع شره وأذاه لئلا يضيع حقه بسبب شهادته، فيكون جائزًا من وجه ممنوعًا من وجه آخر، وهو حرمة الأخذ من قبل الشاهد.

الثالث: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حدًا كالزنا والسرقة، فلا يجوز أخذ العوض عنه.

لأن ذلك ليس بحق له فلم يجز أخذ العوض عنه، كسائر ما ليس بحق له فلا يصح فيما كان حقًا لله، لأنه لا يسقط بصلح الآدمي[1].

ولا يصح في مثل القذف لأنه لو كان حقًا للآدمي لم يجز أخذ العوض عنه؛ لأن كونه حقًا للآدمي من جهة أنه لا يقام إلا بمطالبته به ويجوز له إسقاطه، لكن لا يجوز أن يعتاض عنه، فإما أن يسقط لوجه الله أو يستوفيه.

- ويحتمل جواز الصلح عنه من جهة كونه حقًا للآدمي، والله أعلم.

* * *

---

(١) راجع: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ ٤ ص ٣٧٣.



الباب التاسع

الشـــركات



الباب التاسع
الشركات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول
تعريف الشركة ودليل ثبوتها وحكمة الشارع منها

١ ـ التعريف بها:

عرف ابن قدامة الشركة بقوله: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف[١].

والشريك يجمع على شركاء وأشراك، والمرأة شريكة والنساء شرائك.

وشاركه: صار شريكه ـ واشتركا في كذا وتشاركا. وشركه في البيع والميراث يشركه، مثل علمه يعلمه، شركة[٢].

٢ ـ أدلة ثبوتها:

أ ـ كتاب الله. ب ـ وسنة نبيه محمد ﷺ. جـ ـ الإجماع.

أ ـ أدلة ثبوت الشركة من كتاب الله:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ

(١) المغني جـ٥ ص ٢، ٣.

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٢٦٦.

فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾[١] الآية.

وموضع الشاهد: قوله: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾، فقد حكم بثبوت الاشتراك في الكسب.

٢ - وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾[٢].

وموضع الشاهد: قوله: ﴿مِنَ الْخُلَطَاءِ﴾، والخلطة: الشركة.

ب - أدلة ثبوت الشركة من السنة:

١ - ما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه وزيد بن أرقم رضي الله عنه «كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ رسول الله ﷺ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه»[٣].

٢ - قوله ﷺ: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما»[٤].

٣ - قوله ﷺ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وأخلاط

---

(١) سورة النساء آية ١٢.

(٢) سورة ص آية ٢٤.

(٣) رواه أحمد في المسند في الشركة والقراض رقم ٣٥٨ كما في الفتح الرباني جـ ١٥ ص ١١٢، وأبو داود رقم ٣٣٨٣ في البيوع. وخرجه في تلخيص الحبير في الشركة رقم ٣ جـ ٣ ص ٥٦ وقال: هو عند البخاري متصل الإسناد بغير هذا السياق.

(٤) خرجه البيهقي في السنن الكبرى في الشركة باب الأمانة في الشركة جـ ٦ ص ٧٨. وفي سنده ضعف مع صحة معناه.

البر بالشعير، للبيت لا للبيع»[١]. وموضع الشاهد: المقارضة والمراد: المضاربة.

جـ ـ الإجماع:

قال ابن قدامة: أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإنما الخلاف في بعض أنواعها كما سيأتي إن شاء الله تعالى[٢].

٣ ـ الحكمة من شرعيتها: يمكن أن تلخص فيما يلي:

١ ـ إصابة السنة فقد أوصى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمشاركة وشارك وكان نعم الشريك لا يداري ولا يماري.

٢ ـ الحركة المالية المتجددة فإن في الحركة بركة، والمال كالماء إن تحبس سواقيه يأسن، وإن يجر يعذب منه سلسال.

٣ ـ التعاون بين أفراد المجتمع المسلم فمنهم من يملك المال ولا يحسن الإدارة، ومنهم من يجيد الإدارة ولا يملك المال.

٤ ـ تشغيل أكبر قدر ممكن من الأيدي العاملة العاطلة، وما أكثرها في بلاد المسلمين.

٥ ـ تفويت الفرصة على بنوك الربا التي تستغل كل هللة وريال، وكثيراً ما توظفها في أعمال ربوية محضة، وبإقامة الشركات تفوت أكبر الفرص على بنوك الربا.

* * *

---

(١) رواه ابن ماجه في التجارات، حديث ٢٢٨٩ في باب الشركة والمضاربة. ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه.

(٢) راجع: المغني جـ ٥ ص ٣، الإفصاح جـ ٢ ص ٣.



الفصل الثاني

الشروط الضرورية التي لابد منها في الشريك

اتفق العلماء على أن الشركة عقد فلا يصح منها شيء إلا من جائز التصرف، وهو البالغ، العاقل، الحر، الرشيد؛ لأن الشركة عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع[١].

واختلف الفقهاء في مشاركة اليهود والنصارى على قولين:

القول الأول: تجوز مشاركة المسلم لليهودي والنصراني مع الكراهة وبشرط أن لا يخلو بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه؛ لأنهما يعملان بالربا

وهذا مذهب أحمد[٢]، وهو قول الحسن، والثوري[٣]، وهومذهب أهل الظاهر[٤].

القول الثاني: كراهة مشاركتهم مطلقًا؛ كراهة تحريم.

وهذا مذهب مالك[٥]؛ لأن من شروط صحتها عنده أن يكونا من أهل التوكيل

(١) المغني والإفصاح كما سبق.

(٢) راجع: المغني جـ ٥ ص ٣، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٠٧، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٩٧.

(٣) المغني كما سبق.

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٢٥.

(٥) جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١١٥.

والتوكل، وهو ما يفهمه قول الطحاوي من الأحناف[١]، وهو مذهب الشافعي[٢].

ودليل هذا القول:

١ - ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي»[٣]، ولا يعرف له مخالف في الصحابة.

٢ - ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب، فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا؛ ومن هنا كرهت معاملتهم.

❏ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٤]، وأيد ما اختاره بالأدلة التالية:

١ - ما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال: «نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم»[٥].

٢ - ولأن العلة في كراهة ما خلوا به: معاملتهم بالربا، وبيع الخمر، والخنزير، وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٧، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨٢.

(٢) تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٥٩.

(٣) حديث ابن عباس ذكره في المجموع وقال: هو من رواية أبي داود والحاكم، وقال: أعله ابن القطان بالإرسال وسكت عليه أبو داود والمنذري. انظر: المجموع جـ ١٣ ص ٥٩.

(٤) راجع: الكافي جـ ٢ ص ٢٦٧، والمغني جـ ٥ ص ٣.

(٥) ذكره في المغني جـ ٥ ص ٣، وقال في شرح المهذب: أخرجه الأثرم والخلال، وانظر: تكملة المجموع كما سبق.

وعلل الترجيح فقال:

١ ـ قول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون، ومثل هذا المعنى ورد عن ابن عباس من رواية الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال: «لا تشاركن يهوديًا، ولا نصرانيًا، ولا مجوسيًا؛ لأنهم يربون، وإن الربا لا يحل»[١].

٢ ـ وقول الشافعي: إن أموالهم غير طيبة لا يصح؛ فإن النبي ﷺ عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لأهله، وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة، وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة، ولا يأكل ﷺ مما ليس بطيب.

٣ ـ أما ما باعوه من خمر أو خنزير قبل مشاركتهم فليس بحرام لاعتقادهم حله، وإنما يكون حرامًا بعد المشاركة[٢].

تعقيب:

اليهود والنصارى: طائفتان من البشرية أنزل الله إليهما التوراة والإنجيل فحرفوهما وبدلوا كثيرًا من أحكامهما، وكم آذى اليهود موسى عليه السلام، والمتتبع للقرآن يجد تعنتهم وأسئلتهم التي لا تنتهي وتحايلهم ومكرهم.

وقد وقف اليهود من دعوة نبينا محمد ﷺ موقف العداء والمبارزة، واشتهر عنهم نقض العهود والمواثيق حتى جلا منهم من أجلاه وقتل منهم من قتل، وهم لازالوا على صفتهم تلك خونة لله وللبشرية كلها؛ إذ يعتبرون أنفسهم شعب الله المختار وغيرهم من الناس «أمميين» وعبيدًا وخدمًا لهم.

---

(١)، (٢) راجع المغني كما سبق.

وهم اليوم يسيطرون على الاقتصاد العالمي هذا لاشك فيه ومعلوم أن كل شيء تبع للاقتصاد، وقد فطنوا لهذا المعنى في فترة غياب الحكم الإسلامي واشتغال المسلمين بالشهوات والملذات.

فالكلمة اليوم لهم علينا، والقول بإباحة مشاركتهم بشرط عدم توليهم إدارة الأموال غير وارد اليوم؛ لأنهم لا يقبلون بذلك بل ربما لا يقبلون بكثير من أبناء المسلمين أن يعملوا في إدارات بنوكهم، اللهم إلا شخص قد تهود في سلوكه ورمى إسلاميته جانبًا.

فقول ابن قدامة محمول على ما إذا كانت السلطة العليا في المجتمع الإسلامي وهم الحكام الحقيقيون، يقومون بتطبيق شرع الله وينفذون أوامره، واليهود والنصارى تحت حمايتهم فلا مانع مما ذكره الإمام أحمد.

وإن الإمام الشافعي لينظر بمنظار بعيد ويعرف اليهود والنصارى فلو لم يكن من الأضرار الناجمة عن مشاركتهم إلا الاختلاط بهم والتأثر بهم في السلوك، وقد أرادوا سم رسول الله ﷺ، ومات بالفعل من أصحابه ﷺ بسبب السم الذي دسته اليهودية في الطعام الذي قدمته للنبي ﷺ، فهم أهل مكر وكيد، وأولى بالمسلمين أن يشارك بعضهم بعضًا ويتولى بعضهم بعضًا فإن هذا أحرى وأجدى من تقوية اقتصاد يهود.

والنصارى هم إخوان اليهود يتولى بعضهم بعضًا وينصر بعضهم بعضًا، فحوادث الحبشة مع أرتيريا، ولبنان، والفلبين، وغيرها شاهد عيان لمن كان له قلب أو ألقى السمع على أن اليهود إخوان النصارى، يمدونهم بالمساعدات طالما أنهم يواجهون المسلمين عدو اليهود اللدود.

ولا ينبغي للعرب أن يفصلوا قضيتهم عن العالم الإسلامي وتاريخه، بل يجب كسب الرأي الإسلامي العالمي، وإن كان بالمسلمين اليوم ضعف وبعد عن قيادة أنفسهم فإننا نأمل أن يأتي فجر قريب يفتح الله فيه على المسلمين ويلقنون اليهود والنصارى ومن عاونهم على المسلمين درسًا لا ينسى في تاريخ البشرية، وعلائم هذا الفجر وبشائره قد ظهرت.

فبالرغم من الحرب الشديدة ضد انتشار الإسلام والمسلمين وحركات التنصير - ترى علامات الخير تنتشر هنا وهناك، والبعث الإسلامي يزداد يومًا بعد يوم ويصلب عوده وتمتد جذوره إلى أمد بعيد، والله يتولى من تولاه وينصره ويكلؤه. والمال قوام الحياة فيجب أن يدار بأيد مسلمة ليطرح الله فيه البركة وما أحوج الأمة الإسلامية إلى سوق إسلامية مشتركة.

* * *



الفصل الثالث

أنواع الشركة التي جاءت في كتب الفقه
وأقرتها الشريعة الإسلامية على وجه الإجمال

ذكر ابن قدامة[1] أنواع الشركات وهي :

١ ـ شركة الأبدان .

٢ ـ شركة المضاربة .

٣ ـ شركة الوجوه .

٤ ـ شركة العنان .

وربما رجع بعضها إلى بعض، وسأفرد كل نوع منها بمبحث خاص أذكر فيه تعريف هذا النوع ودليل جوازه وبعض التفصيلات فيه .

٥ ـ وهناك شركة المفاوضة ، أذكرها بعد الأنواع الأربعة السابقة وما جرى فيها من خلاف وما توصل البحث إليه من نتيجة فيها .

المبحث الأول

شركة الأبدان

تعريفها الشرعي:

عرفها ابن قدامة في كتابه المغني بقوله : معنى شركة الأبدان : أن يشترك

(١) راجع : المغني جـ ٥ ص ٤ .

اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، أو على ظهور دوابهم أو نحو ذلك[١].

والصور التي تتأتى في شركة الأبدان هي:

١ ـ الاشتراك في الصِّناعة، فمثلاً يشترك اثنان أو أكثر على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم.

وهذه الصورة صحيحة لا خلاف في جوازها بين من أجاز شركة الأبدان عمومًا، والأصل فيها: ما جاء عنه ﷺ أنه أشرك بين عمار، وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، فجاء سعد بأسيرين، ولم يجيئا بشيء فأشرك بينهم[٢].

أما الشافعي[٣]: فلم ير صحة شركة الأبدان بجميع صورها، معللاً ذلك بأنها شركة على غير مال، فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات، وقد وافقه أهل الظاهر على ما ذهب إليه[٤].

٢ ـ أن يشترك اثنان فأكثر فيما اكتسباه من المباح كالحطب، والحشيش، والثمار المأخوذة من الجبال، والمعادن، والتلصص على دار الحرب، فللعلماء في جواز مثل هذا قولان:

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ٤.

(٢) خرجه البيهقي في الشركة باب الشركة في الغنيمة جـ ٦ ص ٧٩، وأشار إليه في تلخيص الحبير في الشركة جـ ٣ ص ٥٦، وقال: خرجه أبو داود والنسائي، قلت: ورواه ابن ماجة رقم ٢٢٨٨ في الشركة، ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجة.

(٣) راجع المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٨٨.

(٤) المحلى جـ ٨ ص ١٢٢.

القول الأول: صحة مثل هذا في شركة الأبدان.

وهذا مذهب مالك[١]، وأحمد[٢].

القول الثاني: لا يصح مثل هذا في المباح.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣].

وقد تبين مذهب الشافعي، وأنه يمنع صحة شركة الأبدان مطلقًا كما سبق.

وحجة هذا القول: بأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها.

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى: القول الأول[٤]، وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ عن عبد الله بن مسعود قال: «اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين»[٥]، وفي لفظ: «برجلين»، والمعنى واحد، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ، وقد أقرهم عليه، بل قال أحمد: شرك بينهم رسول الله ﷺ.

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٦، الكافي لابن عبد البر جـ ٢ ص ٧٨٤.

(٢) راجع: المغني جـ ٥ ص ٤، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٦٠، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٠٧، حاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٣٢٣، شرح فتح القدير على الهداية جـ ٥ ص ٤٠٩.

(٤) راجع: العمدة ص ٢٥٦، المقنع جـ ٣ ص١٨٣، الكافي جـ ٢ ص٢٧٢، المغني جـ ٥ ص٥.

(٥) سبق تخريجه صفحة ٣٢٦.

والغنائم قبل بدر لم تقسم على النحو المعروف فيما بعد، ولهذا جاء عنه ﷺ في بدر: «**من أخذ شيئًا فهو له**»، فتكون شركة ابن مسعود وصاحبيه من قبل المباحات، وشركتهم كانت قبل نزول سورة الأنفال.

وعلى كل حال فشركة الأبدان جائزة فيما يكتسب من صناعة أو عمل أو شيء مباح يسبق إليه الشركاء عن غيرهم، ولهذا فيمكن أن يرد على أبي حنيفة بأن شركة ابن مسعود وصاحبيه إنما كانت فيما اكتسباه من مباح، ولا فرق بين المباح والشركة في صناعة أوخياطة ونحو ذلك.

ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله[1]، بل قوله إن من أخذها ملكها فيه رد عليه، فنحن نقول: إنه يملكها لكن بينهما شرط المشاركة، وهو يقول بصحته في الجملة.

٣ ـ أن يشترك اثنان لهما دابتان على أن يؤاجرهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما.

وهذه الصورة صحيحة على مذهب من أجاز شركة الأبدان، وكأن تسميتها شركة أبدان لصلة الدابتين ببدني مالكيهما من حيث كونهما مملوكتين لهما أولاً، فهما يعملان عليهما فيحملان عليهما الأحمال وينزلانها من على ظهورهما وإلا فالعامل الحقيقي هما الدابتان[2].

٤ ـ أن يدفع رجل دابته أو سيارته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما حسب ما اتفقا عليه.

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ٥.

(٢) انظر: المغني جـ ٥ ص ٧.

فيصح عند أحمد[١]، وكرهه الشافعي[٢] والأحناف[٣] كراهة تحريم.

وممن قال بالكراهة: الحسن، والنخعي، وأبو ثور، وابن المنذر[٤]، وقالوا: الأجرة كلها لصاحب الدابة وللعامل أجرة مثله؛ لأن هذا ليس من أقسام الشركة، إلا أن تكون مضاربة والمضاربة لا تصح بالعروض وإنما تكون تجارة في الأعيان.

واختار ابن قدامة: قول أحمد[٥]، وهو صحة مثل هذه الشركة. وأيده: بأن الدابة أو السيارة عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها - قياسًا على الشجر في المساقاة والأرض في المزارعة -، ورد على قولهم: إنه ليس من أقسام الشركة بأن نعم، لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال لمن يعمل عليها ببعض نمائها[٦].

وأنا أؤيد رأي ابن قدامة: فإن الذي يدفع سيارته مثلاً لآخر ويقاسمه فيما حصل بنسبة معينة غير الذي يدفع له راتبًا شهريًا أو أسبوعيًا ففي الصورة الأولى سوف يضاعف العمل لأن له نصيبًا من الدخل غير محدد إلا بالنسبة - كالنصف أو الثلث أو الربع - وهو لا يدري كم يكون فيجتهد في العمل، فيكون شريكًا.

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٨، كشاف القناع جـ٣ ص ٥٢٨، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٦١.

(٢) هذا بناءً على رأيه في شركة الأبدان، انظر: المهذب مع تكملة المجموع جـ ٣ ص ٩٠.

(٣) شرح الهداية جـ ٥ ص ٤١٢، مختصر الطحاوي ص ١٠٧، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٥.

(٤)، (٥) المغني لابن قدامة جـ ٥ ص ٨.

(٦) المغني كما سبق.

بخلاف ما لو تحددت أجرته بأجرة مثله فإن هذا يدعوه إلى الكسل وعدم الاجتهاد في العمل؛ لأن راتبه يصل إليه أحرز كثيراً من الكسب أم لم يحرز.

لكن رغم موافقتي وتأييدي لابن قدامة إلا أنني أعترض على تسمية مثل هذا العمل شركة أبدان، اللهم إلا من ناحية العامل، أما من ناحية صاحب الدابة أو السيارة فالنسبة إليه مجازية.

المبحث الثاني

شركة العنان

وأبحث فيها:

١ ـ تعريفها. ٢ ـ حكم الشرع فيها والدليل على صحتها؟

٣ ـ سبب تسميتها بهذا الاسم.

١ ـ تعريف شركة العنان:

هي أن يشترك بدنان بماليهما على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما، وذكر الاثنين هنا من باب التمثيل وإلا فيجوز بين أكثر من اثنين.

والعنان: مشتقة من عناني الفرسين في التساوي، وقيل من عنّ الشيء إذا عرض، فكل واحد من الشريكين يعن له شركة الآخر[(١)].

٢ ـ حكمها: جائزة بغير خلاف من أحد من الفقهاء اللهم إلا ما ذكر من الخلاف في بعض شروطها[(٢)].

---

(١) المصباح المنير مادة عنّ جـ١ ص ٤٣٣.

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر ص١٢٢ المسألة ٥١٥، الإفصاح جـ٢ ص٣.

والدليل على صحتها: انعقاد الإجماع على جوازها وعدم قيام مانع شرعي يمنع من جوازها، والأصل في المعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والفساد[١]، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على جوازها[٢].

٣ ـ أما سبب تسميتها «عنان»: فذكر ابن قدامة ثلاثة احتمالات لذلك:

أحدها: التساوي في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما في السير؛ فإن عنانيهما يكونان سواءً.

ثانيها: ما قال الفراء: هي مشتقة من عَنّ الشيء إذا عرض يقال: عنت لي حاجة إذا عرضت؛ فسميت الشركة بذلك.

ثالثها: أنها مشتقة من المعانتة وهي المعارضة، يقال: عانت فلانًا إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله، وكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله، وهنا يرجع إلى الثاني[٣].

المبحث الثالث

شركة الوجوه

وابحث فيها:

١ ـ تعريفها. ٢ ـ حكمها ودليلها. ٣ـ سبب تسميتها بذلك.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة جـ ٢ ص ٣.

(٢) الإجماع كما سبق.

(٣) راجع في كل ما سبق: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ ٥ ص ١٢، والكافي جـ ٢ ص ٢٦٧، والعمدة ص ٢٥٥ـ٢٥٦.

١ ـ تعريفها:

أن يشترك اثنان فأكثر فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أكثر أو أقل، ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما على ما اتفقا[١].

٢ ـ حكمها:

الجواز في الجملة، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز صورة منها وهي ما إذا عينّ كل منهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال.

واختلفوا في حالة الإطلاق بأن يقول أحدهما للآخر: ما اشتريت من شيء فهو بيننا، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: حكم هذه الصورة والتي قبلها تصح بكل حال.

وهذا مذهب أحمد[٢]، وبهذا قال الثوري، ومحمد بن الحسين، وابن المنذر[٣].

القول الثاني: لا تصح حتى يذكر الوقت، أو المال أو الصنف.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤].

القول الثالث: يشترط ذكر شرائط الوكالة ولا تسمى شركة إنما هي وكالة.

وهذا مذهب مالك[٥]، والشافعي[٦]. وتكون توكيلاً لأنهما لا يجيزان

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ ٥ ص ١١، والإنصاف جـ ٥ ص ٤٥٨، كشاف القناع جـ ٣ ص٥٢٦.

(٢، ٣) راجع المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٤) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٤، شرح الهداية جـ ٥ ص ٤٠٨.

(٥) الكافي لابن عبد البر جـ ٢ ص ٧٨٤، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٦.

(٦) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٩٢.

شركة الذمم.

ودليل الشافعية والمالكية: لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة.

أما أهل الظاهر فلا تجوز الشركة عندهم إلا في أعيان الأموال[١].

❒ **اختيار ابن قدامة:**

اختار ابن قدامة رحمه الله القول الأول[٢].

وأيده بقوله: ولنا: أنهما اشتركا في الابتياع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه؛ فصح؛ وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة.

ورد على المالكية والشافعية في قولهم: إن الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع، وإن سلمنا ذلك فإنما يعتبر في الوكالة المفردة أو الوكالة الداخلة ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة والعنان فإن في ضمنها توكيلاً، ولا يعتبر فيها شيء من ذلك.

- وبالرغم من أن ما ذكره ابن قدامة لا يمنعه شيء إلا أن العمل الجاري بين الناس أن يخبر كل شريك شريكه بما يشتريه هو أو الآخر بل ربما حددا الكمية ونوع الصناعة وغير ذلك، وفي هذا ضمان من المشاجرة وتداعى النزاع بينهما لاحتمال أن يشتري أحدهما شيئًا فيخسر فيه فيعود الآخر باللائمة عليه وسد الذرائع مقدم على جلب المنافع.

فالأقيس والأشبه بانضباط المعاملات ما ذكره أبو حنيفة، والله أعلم

---

(١) المحلى جـ٨ ص ١٢٤.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ١١، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ١٨٢، الكافي جـ٢ ص ٢٧٦.

بالصواب.

وإنما سميت بهذا الاسم؛ لأن المعول عليه الأخذ بالوجه أي معرفة الناس له، ومن هنا قيل: فلان وجيه. وله وجاهة.

المبحث الرابع

شركة المضاربة (القراض، والمقارضة)

ويبحث فيها:

١ ـ تعريفها ـ وسبب تسميتها بهذه التسمية.

٢ ـ دليل جوازها.

٣ ـ الصور التي تدخل تحتها.

٤ ـ بعض التفريعات الأخرى.

١ ـ تعريفها وسبب التسمية:

هي أن يشترك اثنان فأكثر أحدهما بالبدن والآخر بالمال على معنى: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه، وتسمى مضاربة عند أهل العراق، وقِراض عند أهل الحجاز.

وسميت مضاربة لاحتمالين:

إما لأنها مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة أخذًا من قوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[1].

وإما أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم.

---

(١) سورة المزمل آية ٢٠.

أما تسمية أهل الحجاز لها قراضًا فلأحد احتمالين:

الأول: أن القرض هو القطع يقال: قرض الفأر الثوب إذا قطعه، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح.

الثاني: أن الاشتقاق من المساواة والموازنة يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وهاهنا من العامل العمل، ومن الآخر المال، فتوازنا[١].

٢ ـ دليل جوازها:

١ ـ ما روى نافع عن ابن عمر كان يكون عنده مال اليتيم فيزكيه ويعطيه مضاربة ويستقرض فيه[٢].

٢ ـ ما روى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه: «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالاً وابتاعا به متاعًا، وقدما به إلى المدينة فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فلم لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضًا؟ قال: قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح»[٣]. وفي هذا دليل على جواز القراض والمقارضة وهي المضاربة.

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ١٩.

(٢) سنن البيهقي في القراض جـ٦ ص ١١١.

(٣) سنن البيهقي في القراض جـ٦ ص ١١٠، وذكره في الموطأ بطوله رقم (١٣٨٥) ص ٤١٩، في القراض باب ما جاء في القراض.

٣ ـ ما روى مالك عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه عن جده «أن عثمان قارضه»[١].

٤ ـ وروي عن قتادة عن الحسن: أن عليًا قال: «إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا». ومفهومه أنه إذا لم يخالف صحت المضاربة[٢].

٥ ـ ما روي عن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا[٣].

٦ ـ الإجماع على جواز المضاربة إذ لم يظهر مخالف عن من سبق ذكرهم من الصحابة فيكون إجماعًا.

٧ ـ الحاجة الملحة والضرورة الداعية إلى المضاربة فإن الدراهم لا تنمى إلا بالتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة أو يستطيع التفرغ لها، كما أن ليس كل من يحسن التجارة له رأس مال، فاحتيج إليها من الجانبين[٤].

٣ ـ صور المضاربة:

لشركة المضاربة عدد من الصور يمكن إيجازها فيما يلي:

الصورة الأولى: أن يدفع رجل إلى آخر ماله يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه، وهذه الصورة هي المشهورة في المضاربة وقد أوردتها في تعريف حقيقة المضاربة لشهرتها.

الصورة الثانية: أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما، فتقع شركة

---

(١) البيهقي كما سبق جـ٦ ص ١١١.

(٢) ذكره في المغني جـ٥ ص ٢٠.

(٣) البيهقي في القراض جـ٦ ص ١١١.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص ١٩، ٢٠، والإفصاح جـ٢ ص ٧.

ومضاربة، وهذه صحيحة.

وصورتها: كما لو أن بين رجلين ثلاثة آلاف ريال لأحدهما ألف وللآخر ألفان، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيهما، على أن يكون الربح بينهما نصفين صح.

وطريقة تقسيم الربح: يكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله، والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه، وللعامل ربعه؛ وذلك لأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه، وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربع(١).

ولأن المسألة فيها ثلث وربع فقدر أن الربع اثنا عشر، لكل واحد منهما ستة أسهم، منها أربعة ربح الألف الذي دفعه العامل لأن الربح اثنا عشر ورأس المال ثلاثة آلاف فلكل ألف أربعة أسهم، وله ربع الباقي بالعمل، والباقي من الربح ثمانية أسهم وربعه اثنان؛ فيكون الجميع ستة من اثني عشر فكان للعامل نصف الربح.

الصورة الثالثة: أن يشترك بدنان بمال أحدهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفًا ويعملا فيه معًا والربح بينهما.

واختلف العلماء في صحتها مضاربة على قولين:

القول الأول: إن هذه الصورة جائزة وتكون مضاربة؛ لأن غير صاحب

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٤.

المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة.

وهذا مذهب أحمد[١].

القول الثاني: لا تصح هذه الصورة.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وقال به من علماء الحنابلة: ابن حامد، والقاضي، أبو الخطاب[٥]، وبه قال الأوزاعي، وأبو ثور، وابن المنذر[٦]، وهو قول أهل الظاهر[٧].

قال ابن المنذر: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه، فيخالف موضوعها[٨]. ا. هـ.

وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي: على أن رب المال عمل من غير اشتراط.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله قول أحمد[٩].

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص ٢١، كشاف القناع جـ٣ ص ٥٠٩، الإنصاف جـ٥ ص ٤٣٢.

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٠٨، الكافي جـ٢ ص ٧٧١، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٧١.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٢٤، حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٢٧٧، شرح الهداية جـ٧ ص ٤١٦.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٨٤-٨٦.

(٥)، (٦) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

(٧)، (٨) المحلى جـ٨ ص ١٢٥.

(٩) راجع: المغني جـ٥ ص ٢١، الكافي جـ٢ ص ٢٩١.

وأيده: بأن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال.

وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل: ممنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، ولهذا لودفع ماله إلى اثنين صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما.

رأي: مثل هذا العقد في الصورة الثالثة صحيح وعليه عمل الكثير من الناس، لكنه كما قال الجمهور من حيث التسمية يخالف تعريف المضاربة.

كما أن قياس ابن قدامة ما نحن فيه على تسليم المال إلى اثنين ليس أحدهما رب المال قياس مع الفارق؛ لأنه ليس واحد منهما صاحب المال.

والمال سلم إليهما كما يسلم للشخص الواحد ـ فكأنهما شخص واحد وهو العامل، ويجوز أن يكون واحداً أو اثنين أو أكثر من ذلك.

٤ ـ بحث بعض أمور تتعلق بالمضاربة:

١ ـ تحديد نصيب العامل قبل العمل بالنسبة.

اعتبر ابن قدامة هذا الشرط من شروط صحة المضاربة؛ لأنه إنما يستحق الربح بالشرط فلم يقدر إلا به.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الربح في هذه المسألة كله لصاحب المال والخسارة عليه ما لم يفرط، والمضارب يعتبر عاملاً له أجر مثله.

وهذا مذهب الأئمة الأربعة: مالك[١]، أبي حنيفة[٢]، الشافعي[٣]، وأحمد[٤]، وبه قال الثوري وإسحاق، وأبو ثور[٥]، وهو قول أهل الظاهر[٦].

القول الثاني: الربح بينهما نصفين.

وهذا قول الحسن، وابن سيرين، والأوزاعي[٧].

وحجتهم أن إطلاقه يشبه حالة ما إذا قال: والربح بيننا، وفي هذه الحالة ينصف بينهما نصفين فكذلك إذا لم يذكر شيئًا؛ فكأن النسبة علمت بالسكوت وأنهما يتناصفان.

❑ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٨].

وأيده بأن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد؛ لأن قوله: خذ هذا مضاربة؛ اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً ـ أي معلوم النسبة كالربع

(١) جواهر الإكليل جـ ٤ ص ١٧١، الكافي جـ ٢ ص ٧٧١، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٨.
(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٤، شرح الهداية جـ ٧ ص ٤١٧، حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٢٨٥.
(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٤١١.
(٤) راجع: المغني جـ ٥ ص ٢٤، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٠٨، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٢٨.
(٥) راجع المغني كما سبقت الإشارة إليه.
(٦) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧.
(٧) راجع المغني كما سبقت الإشارة إليه.
(٨) راجع: المغني جـ ٥ ص ٢٤، وكتابه الكافي جـ ٢ ص ٢٧٧.

والنصف من الربح ـ لكنه مجهول من حيث الكم، فلم تصح المضاربة به كما لو قال: ولك جزء من الربح.

وإنما يصح لو قال: والربح بيننا ويكون على النصف، بخلاف الإطلاق فلا يصدق عليه أن الربح بينهما مناصفة.

رأي: رأي الجمهور جدير بالاحترام وفيه أمن من المنازعة، لكن لو جرت العادة والعرف ـ وهما جاريان ـ على أن رأس المال في المضاربة لصاحب المال والربح بينهما مناصفة، فلا مانع من صحة المضاربة حال الإطلاق؛ لتقييد ذلك بالعرف، وللقاعدة الفقهية المشهورة: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

أما إن كان يؤدي إلى جهالة ومنازعة كاختلاف الناس بينهم في ربح المضارب أنه النصف أو الربع أو الثلث وليس العرف جاريًا على حالة معينة؛ فلابد من بيان النسبة قبل بدء العمل وهو أضمن، والله أعلم. فإذا لم يبين وأدى إلى النزاع يرجع إلى الأصل وهو أن الربح والخسارة يتعلقان برأس المال وللعامل أجرة مثله.

٢ ـ حكم اشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين مثل أن يقول: هذا ألف ريال لك مضاربة على أن لك نصف الربح وأضمن لك مائة ريال، أو يقول: لي نصف الربح ومائة ريال.

هذه المضاربة غير صحيحة أو نقول بصحتها مع إلغاء الشرط وهو تعيين مبلغ معين لأحدهما.

وعلى هذا جميع الفقهاء الأربعة وحكى ابن قدامة الإجماع عليه، وعلل عدم صحة الاشتراط لمعين بأمرين:

أحدهما: أنه إذا اشترط مبلغًا معلومًا احتمل أن لا يربح غيره، فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا فيتضرر من شرط مبلغ محدد.

ثانيهما: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلومًا به؛ ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح مشاع من وجه ومعلوم النسبة من وجه آخر؛ فإنه أدعى أن يجتهد[1].

٣ ـ تحديد تصرف المضارب:

قال ابن قدامة إذا شرط صاحب المال على شريكه في المضاربة شروطًا معينة وحدد له تصرفات خاصة فإنه لا يجوز له مخالفته؛ لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه كالوكيل، وهذا أمر شبه متفق عليه[2].

لكن لو أطلق له التصرف فما حكم البيع دينًا؟ وهل له السفر بالمال خارج بلد صاحب المال؟ وهل له أن يبيع بأقل من ثمن المثل؟ وهل له أن يتعامل بغير نقد البلد؟ وهل له أن يشتري من يعتق على رب المال؟

هذه المسائل فيها خلاف بين الفقهاء:

أ ـ **البيع دينًا**، ويسميه الفقهاء نساءً، وقد اختلفوا فيه على قولين:

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ٢٦، المقنع جـ ٢ ص ١٦٥، والكافي لابن قدامة جـ ٢ ص ٢٧٨.
(٢) المغني جـ٥ ص٢٩، وانظر: الإفصاح جـ٢ ص٧.

الأول: لا يجوز له البيع دينًا إلا بإذن صريح من صاحب المال فإنه كالوكيل.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. وحجتهم:

أنه نائب والنائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط وفي بيعه بالدين تغرير بالمال، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال: بعه حالاً.

القول الثاني: يجوز له البيع نساءً متعارفًا.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]، واختيار ابن عقيل من الحنابلة[٥]. وحجة هذا القول:

١ ـ لأنه أذن له في التجارة والمضاربة، والإذن ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار.

٢ ـ ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر، وفرق بين المضاربة المطلقة والوكالة من وجهين:

أ ـ المضاربة تخالف الوكالة المطلقة فإنها لا تختص بقصد الربح وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب.

---

(١) الكافي جـ ٢ ص ٧٧٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٣، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٧٤.

(٢) المهذب مع المجموع جـ ١٣ ص ٤٣٠.

(٣) راجع: المغني جـ ٥ ص ٢٩، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٥٧.

(٤) شرح الهداية جـ ٧ ص ٤٣٩، حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٢٨٨.

(٥) المغني كما سبق.

ب ـ ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة.

وابن قدامة يختار القول الأول كما يظهر من رده لاحتجاج أبي حنيفة[١].

رأي: إذا كان الدين يسيراً لا يضر وعلى مليء فلعله لا يضر هذا التصرف، ثم هو مكلف بتحصيله بكل حال، أما إذا كان على غير مليء وكان يؤدي تقاضيه إلى مشكلات لكثرته مثلاً فقد خالف مقتضى العقد وشرطه فيضمنه.

كما أن مساهلة أبي حنيفة قد تؤدي إلى ضياع المال، لكن الأمر يرجع إلى حذق التاجر وشطارته، فإن باع بالدين على من يثق فيه ويعرفه معرفة حقيقية ويعلم أنه يستطيع الوفاء منه في وقته المحدد فلماذا نحدده ونضيق عليه ـ والرسول ﷺ يقول: «**من فرج كربة عن مسلم فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة**»[٢]، ثم إن أمور التجارة مبنية على الأخذ والعطاء.

لكن فتح الباب مطلقًا ربما يؤدي به إلى المساهلة والبيع على من لا ذمة له وما أكثرهم اليوم، فالاحتياط يجب في مثل هذه الأمور، وبكل حال هو مضمون على المضارب لا يستطيع ترك العمل حتى يستوفي الديون، ثم إن ربحه معلق بذلك.

ب ـ حكم السفر بالمال:

للفقهاء قولان في هذه المسألة:

القول الأول: ليس له ذلك إلا بإذن من صاحب المال.

---

(١) راجع: المغني كما سبقت الإشارة، والمقنع جـ ٢ ص ١٧٠، والكافي جـ ٢ ص ٢٨٠.

(٢) متفق عليه: رواه البخاري في المظالم، ومسلم في البر والذكر.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وأحد الوجهين عند أحمد[٢].

ووجهه: أن في السفر تغريراً بالمال وخطراً، ولا يجوز مثل هذا إلا بإذن المالك.

القول الثاني: له السفر به إذا لم يكن مخوفًا.

وهذا مذهب مالك[٣]، وأبي حنيفة[٤]، وقياس مذهب أحمد كما نقله القاضي[٥].

ووجهه:

١ - لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً.

٢ - ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها، ولعل ابن قدامة يميل إلى هذا.

وما سبق في حالة الإطلاق، أما إن حدد له فأذن له في السفر أو منعه، فيجب العمل عليه، ولا يصح له السفر إلى مكان مخوف على أي حال[٦].

جـ - البيع بأقل من ثمن المثل، والشراء بأكثر منه.

قال ابن قدامة: ليس له البيع بأقل من ثمن المثل ولا الشراء بأكثر منه مما

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٤٢٧.
(٢) راجع: المغني جـ ٥ ص ٣٠، الإنصاف جـ ٥ ص ٣١٨، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٠١، ونص على الجواز مع الأمن.
(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٣، الكافي جـ ٢ ص ٧٧٤، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٧٢.
(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٢٨٨، شرح الهداية جـ ٧ ص ٤٢١.
(٥)،(٦) راجع المغني كما سبق.

يتغابن الناس بمثله .

ومفهوم هذا أن ما يتغابن الناس بمثله لا مانع منه لعدم القدرة على التحرز منه .

لكن لو خالف وباع بأقل أو اشترى بأكثر من ثمن المثل مما يكون فيه غبن فاحش ، فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

الأول: يصح البيع ، وعليه ضمان النقص .

وهذا مذهب أحمد[١] .

الثاني: البيع باطل .

وهذا مذهب الشافعي[٢] ، والرواية الثانية عن أحمد .

وكأن وجهة نظر أصحاب هذا القول : أن هذا بيع غير مأذون له فيه فأشبه بيع الأجنبي .

وعلى هذا إن أمكن رد المبيع وجب إن كان باقيًا أو قيمته إن تلف ، ولصاحب المال مطالبة من شاء منهما ، وإن لم يكن ضمن المضارب النقص ، وكذلك الشراء إلا أن يجيزه .

ولم يرجح ابن قدامة أيهما في المغني ، أما في الكافي فقد رجح القول الثاني[٣] .

وأنا أميل إلى القول الأول ، فيصح العقد لاكتمال شروطه ويعود عليه بالنقص لأنه من ضمانه ، وللمضارب أن يرجع على من غبنه إذا كان فاحشًا أو

(١) راجع : المغني جـ ٥ ص ٣١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٠٠ ، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٢٩ .
(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ٤٣٠ .
(٣) انظر : الكافي جـ ٢ ص ٢٨٢ .

على من باع منه إذا كان أيضًا فيه غبن.

د ـ البيع والشراء بغير نقد البلد.

إذا حدد له نقدًا معينًا لم يجز له أن يتجاوزه، وإن أطلق، ففي مذهب أحمد روايتان نقلهما ابن قدامة:

الأولى: جواز البيع والشراء بغير نقد البلد إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به.

الثانية: لا يجوز لأنه حال الإطلاق إنما ينصرف إلى ما هو معروف لديهم[1].

والصحيح الأول إن شاء الله، إذا أمن هبوط العملة التي يتعامل بها واليوم بالذات لا يؤمن هبوط العملات لتلاعب اليهود بالأرصدة البنكية، ومن المؤسف جدًا أن تكون البلدان الإسلامية لا يجمعها نقد واحد بل إنهم يبيعون ما لديهم من منتجات نفطية وغيرها بعملة ـ كالدولار ـ أرصدتها مهتزة وفي أيد يهود، متى أرادوا ضعفوها ومتى أرادوا رفعوها حسب ما يرون المصلحة لهم فيه.

وهذا إنما نجم عن بعد المسلمين عن تحكيم شرع الله والالتفاف حول كتاب الله وصهر القوميات كلها في بوتقة الإسلام، غير أن العدو اللدود متربص بهذه الأمة لا يفرح لها بخير بل يريد لها كل فرقة وانقسام، فنسأل الله أن يبعث لهذه الأمة من يجدد لها أمر دينها إنه على كل شيء قدير، والأولى التعامل بما

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ٣١، ٣٢، والكافي جـ ٢ ص ٢٨٠، وفيه ما يدل على أن الشرط صحيح ولا ينافي مقتضى العقد.

يجري به العرف ويكون مضمونًا أو أقل خطرًا.

هـ ـ شراء من يعتق على رب المال أو من يعتق عليه هو:

١ ـ إذا أذن له في شراء من يعتق عليه صح الإذن ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه؛ لأنه قد تلف ويكون محسوبًا على رب المال.

٢ ـ إذا لم يأذن له فأكثر أهل العلم على بطلان الشراء، وعند أحمد يصح الشراء ويعتق على رب المال ويلزم العامل ضمانه؛ لأنه حال المضاربة تلف بسببه، وهل يضمن القيمة أو الثمن الذي اشتراه به؟ وجهان:

أحدهما: يضمن قيمته؛ لأن الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله.

ثانيهما: الثمن الذي اشتراه؛ لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه، وكأن ابن قدامة يميل إلى هذا[١].

المبحث الخامس

بيان حكم شركة المفاوضة

قال الموفق[٢] رحمه الله: وأما شركة المفاوضة فنوعان:

أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك؛ لأن كل نوع منها يصح انفراده، فصح مع غيره.

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٣٢، ٣٣.

(٢) المغني جـ ٥ ص ٢٢.

ثانيهما: أن يدخلا بينهما في الشركة كل ما يحصل لهما من ميراث أو ما يجده من ركاز أو لقطة، أو أن يلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف أو كفالة أونحو ذلك، فهذا نقل فيه الموفق قولين لأهل العلم:

القول الأول: مثل هذه الشركة فاسدة.

وهذا قول الشافعي[1]، ومذهب أحمد[2]، واختاره الموفق، وسأبين حجة أصحاب هذا القول مع بيان اختيار الموفق.

القول الثاني: تصح مثل هذه الشركة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[3]، ومالك[4]، وسبقهما إليه الثوري والأوزاعي، وقيد أبو حنيفة الصحة بتوفر شروط لها مثل:

١ ـ أن يكون الشريكان مسلمين.

٢ ـ حرين.

٣ ـ وأن يكون مالهما في الشركة سواء.

٤ ـ وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. بل في الهداية: إجازة هذه الشركة استحسانًا.

---

(١) الأم للشافعي جـ٣ ص ٢٠٦، المهذب مع الشرح جـ١٣ ص ٨٣، ٨٤.

(٢) الإنصاف جـ٥ ص ٤٦٥، المنتهى بشرحه جـ٢ ص ٣٤٢، كشاف القناع جـ٣ ص ٥٣١، المغني كما سبق.

(٣) الهداية جـ٣ ص ٤، شرح فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، ١٥٧.

(٤) الكافي جـ٢ ص ٧٨٤، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٢٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١١٦.

وحجة أصحاب هذا القول:

١ - قوله ﷺ: «**إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة**»[١]، وفي لفظ: «**فاوضوا فإنه أعظم للبركة**».

٢ - ولأنها نوع شركة يختص باسمٍ فكان فيها صحيح كشركة العنان.

□ **اختيار ابن قدامة**[٢]:

اختار رحمه الله القول الأول القائل بفساد مثل هذه الشركة وأيده بما يلي:

١ - أن مثل هذا العقد لا يصح بين الكافرين، ولا بين مسلم وكافر فلم يصح بين المسلمين؛ فهوكسائر العقود الفاسدة.

٢ - عدم ورود الشرع بمثله.

٣ - اشتمال مثل هذا العقد على غرر؛ فإنه يلزم أحدهما ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به.

٤ - كونهما أدخلا في هذا العقد أكسابًا نادرة؛ كالإرث وهو مختلف.

ثم رد على أدلة المخالفين فقال:

١ - الخبر لا نعرفه، ثم يحتمل أن المراد التفاوض في الحديث.

٢ - بطلان القياس؛ لأن اختصاص الشركة باسم لا يقتضي الصحة، كبيع

---

(١)

(٢) المغني كما سبق، الكافي جـ ٢ ص ٢٦٦، المقنع بحاشيته جـ ٢ ص ١٨٤، ١٨٥، وأهمل ذكرها في العمدة.

المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة.

المبحث السادس

بيان القاعدة العامة في الربح والخسارة في باب الشركات

أ ـ أما تحديد الأرباح:

فالقاعدة فيه على وجه العموم: أنه حسب ما اتفق عليه الشريكان على وجه لا يؤدي إلى جهالة الربح أو مخالفة قواعد الشرع.

قال ابن قدامة مفصلاً ذلك: ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة، وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك بأن يحدد جزءًا من الربح معلومًا كالربع أو النصف أو الثلث أو نحو ذلك، ويكون مجهول الكم حسب ما يرزق الله.

وكذلك الحال في شركة العنان ـ وهي اشتراك بدنين بماليهما ـ إلا أن الشافعي[1]، ومالكًا[2] خالفا في هذه المسألة وجعلا من شروط صحة هذا النوع كون الربح والخسارة على قدر المالين؛ لأن الربح فيها تبع للمال.

ورد هذا ابن قدامة بأن العمل مما يستحق به الربح فجاز التفاضل فيه مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد؛ وعلل ذلك بأنه قد يكون أحدهما أبصر بالتجارة من الآخر، وأقوى على العمل.

وكذلك شركة الأبدان يجوز تحديد الربح فيها على ما اتفقا عليه.

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٨٩.

(٢) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٧٨١، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٥، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١١٧.

وعلة ذلك كما قال ابن قدامة: أنها معقود فيها على العمل المجرد، وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل.

وكذلك الحكم في شركة الوجوه قياسًا على بقية الأقسام ولأنها شركة فيها عمل[١].

ب ـ الخسارة:

وعبارة الفقهاء فيها: والوضيعة على قدر المالية. قال ابن قدامة: الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، وهذا فيما إذا كان كل من الشريكين له مال معين.

وفي شركة الوجوه: الخسران على قدر الملكية في المشترى.

وفي المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء، إلا أن يُفرّط[٢]، ويكفيه خسارة عمله.

* * *

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٢٣، والكافي جـ٢ ص ٢٧٣، ٢٧٦، ٢٧٧، والمقنع جـ٢ ص ١٦٤.

(٢) المغني جـ٥ ص ٢٧، ٢٨.

الباب العاشر

الوكالة



الباب العاشر
الوكالة

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول
أدلة مشروعيتها

قال ابن قدامة رحمه الله هي: جائزة بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿ **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا** ﴾[١]، ووجه الاستدلال: أنه جوز العمل عليها؛ وذلك بحكم النيابة عن المستحقين.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿ **فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ** ﴾[٢]، وهذه وكالة في الشراء.

ب ـ السنة:

١ ـ ما رواه أبو داود بسنده عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً، فقال: **يا عروة، ائت الجلب فاشتر لنا شاة**. قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه، فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما، أو

(١) سورة التوبة آية ٦٠.

(٢) سورة الكهف آية ١٩.

أقودهما، فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار، فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله: هذا ديناركم، وهذه شاتكم، قال: **وصنعت كيف**؟ قال: فحدثته الحديث، قال: **اللهم بارك له في صفقة يمينه**»[١]. وهذا توكيل في الشراء.

٢ـ وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر، فقال: **ائت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقًا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته**»[٢]. والشاهد منه قوله: «**ائت وكيلي**» ففيه إثبات الوكالة.

٣ـ وجاء عنه ﷺ: «أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة، وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة»[٣].

جـ ـ الإجماع:

قال ابن قدامة: وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة في الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاجه بنفسه[٤].

---

(١) رواه أبو داود، والترمذي وابن ماجة والدراقطني كما في تلخيص الحبير في البيوع رقم ٦ جـ٣ ص ٥، وذكر أن البيهقي وغيره رجحوا إرساله، قال: والصواب أنه متصل في إسناده مبهم.

(٢) خرجه البيهقي في الوكالة باب التوكيل في المال جـ٦ ص ٨٠، وحسنه في تلخيص الحبير في الوكالة رقم ٤ جـ٣ ص ٥٨، والوسق ستون صاعًا، والترقوة هي: العظم الذي بين ثغري النحر والعاتق من الجانبين. المصباح المنير جـ١ ص ٧٤.

(٣) خرجهما في تلخيص الحبير في الوكالة رقم ٢، ٣.

(٤) المغني جـ٥ ص ٦٣، وانظر: الإفصاح جـ٢ ص ١٠.

وقد عرفها صاحب كشاف القناع بأنها: استنابة جائز التصرف مثله ـ أي جائز التصرف ـ ذكرين كانا أو أنثيين أو مختلفين فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين[١].

المبحث الثاني

بيان ما يجوز فيه التوكيل، وما لا يجوز[٢]

سرد ابن قدامة رحمه الله الأشياء التي يجوز فيها التوكيل فقال: هي:

١ ـ البيع والشراء، لما سبق من الأدلة الصريحة الصحيحة في ذلك، وألحق بهما: الحوالة، والرهن، والضمان، والكفالة، والشركة، والوديعة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والإجارة، والقرض، والصلح، والوصية، والهبة، والوقف، والصدقة، والفسخ، والإبراء.

وكل عقد كان في معنى البيع والشراء جاز فيه التوكيل، ويدخل في هذا النكاح ـ أي العقد ـ والطلاق، والخلع، والرجعة، والعتاق، وكذلك يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها.

٢ ـ الشهادة: قال ابن قدامة: لا يصح التوكيل في الشهادة، وعلل ذلك؛ بأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أوسمعه، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه، فإن استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل، وليس وكيلاً.

---

(١) راجع: كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦١.

(٢) راجع: ما كتبه ابن قدامة في المغني جـ٥ ص ٦٤، ٦٥، ٦٦، والكافي جـ٢ ص ٢٤٩، ٢٥٠.

٣ـ الأيمان والنذور كذلك لا يصح فيها التوكيل؛ لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية.

٤ـ الإيلاء، والقسامة، واللعان كذلك لا يجوز فيها التوكيل؛ لأنها أيمان أيضًا تتعلق بذوات أصحابها فلم يدخلها التوكيل.

٥ـ وكذلك تمنع الوكالة في كل حق تعلق ببدن الموكل كالقسم بين الزوجات والرضاع والظهار.

٦ـ ولا في فعل محرم كالغصب والنهب ونحو ذلك؛ لأن أصله محرم فالتوكيل فيه كذلك.

٧ـ حقوق الله تعالى:

أ ـ ما كان منها حداً كحد الزنا، والسرقة، جاز التوكيل في استيفائه، ولذلك شواهد منها:

١ ـ قوله ﷺ: «**اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**. فغدا عليها أنيس فاعترفت، فأمر بها فرجمت»[١]، وهذا توكيل في استيفاء الحد بعد حصول موجبه؛ وهو الاعتراف.

٢ ـ أمره ﷺ برجم ماعز فرجموه[٢].

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة كما في اللؤلؤ والمرجان رقم ١١٠٣ في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا جـ ٢ ص ١٨٧.

(٢) متفق عليه: المرجع السابق رقم ١١٠٢ جـ ٢ ص ١٨٦، ١٨٧.

٣ ـ توكيل عثمان عليًا في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة[١].

٤ ـ ووكل علي الحسن في إقامة حد الشرب فأبى الحسن، فوكل عبد الله ابن جعفر فأقامه، وعلي يعد[٢].

٥ ـ ولدعاء الحاجة إلى ذلك؛ إذ قد يصعب حضور الإمام العام مكان استيفاء الحدود فتستوفى بمن ينوب عنه.

ب ـ حقوق الله تعالى البدنية المحضة، كالصلاة، والصيام، والطهارة من الحدث، لا يجوز التوكيل فيها؛ لتعلقها ببدن من هي عليه، وإنما جاز في ركعتي الطواف تبعًا للحج والعمرة، لا استقلالاً.

جـ ـ الحج والعمرة يجوز التوكيل فيهما عن الفرض إذا أيس من الحج والاعتمار بنفسه لحديث الخثعمية[٣].

وفي النفل خلاف ولعل الصحيح جوازه إن شاء الله إن قام العذر.

د ـ قبض الزكاة من أهلها، يجوز التوكيل فيه؛ وذلك لأن الرسول ﷺ بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «**أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك لذلك فإياك وكرائم أموالهم**»[٤] الحديث.

---

(١)، (٢) رواهما مسلم رقم ١٧٠٧ في الحدود باب حد الخمر جـ ٣ ص ١٣٣١، ١٣٣٢.

(٣) أصله في الصحيحين.

(٤) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١١ في الإيمان باب الأمر بالإيمان بالله ورسوله جـ ١ ص ٥.

المبحث الثالث

حكم التوكيل المطلق

للعلماء في جواز التوكيل العام كقوله ـ وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي، قولان:

القول الأول: إن مثل هذا التوكيل غير جائز.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]، وهو قول أهل الظاهر[٤].

القول الثاني: إنه يجوز.

ونسبه ابن قدامة إلى ابن أبي ليلى[٥]، وعن أحمد أنه أجاز الإطلاق في الشراء بين الشريكين، كقول الرجل لشريكه: ما اشتريت من شيء فهو بيننا، وفي مذهب مالك ما يدل على الجواز[٦].

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٧].

وعلل لهذا الاختيار: بأن التوكيل العام المطلق فيه غرر عظيم وخطر كبير

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٠، شرح الهداية جـ ٦ ص ٥٥٨، مختصر الطحاوي ص ١٠٨.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ١٤١.

(٣) راجع: المغني جـ ٥ ص ٦٩، الإنصاف جـ ٥ ص ٣٥٥.

(٤) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٥) المغني كما سبق.

(٦) الكافي لابن عبد البر جـ ٢ ص ٧٨٦ وسماه الوكيل المفوض، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٢.

(٧) راجع: الكافي لابن قدامة جـ ٢ ص ٢٥٢، والمقنع جـ ٢ ص ١٥٦، والمغني جـ ٥ ص ٦٩.

لدخول هبة ماله فيه، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، وتزوج نساء كثيرات وما يترتب على ذلك من مهور كثيرة وأثمان عظيمة فيعظم الضرر.

وهذا الرأي الصواب إن شاء الله؛ فلابد من التخصيص في التوكيل اللهم إلا إن كان الإطلاق في شيء معين يمكن حصر صوره، كمسألة الشراء في الشركة ونحو ذلك فلا بأس به لانتفاء الغرر أو انتفاء معظمه وإمكان ضبطه.

المبحث الرابع

حكم توكيل الوكيل غيره فيما وكل فيه

قال الموفق[1] رحمه الله تعالى: لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل؛ فلا يجوز له ذلك بغير خلاف، ولأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجز كما لو لم يوكله.

ثانيها: أن يأذن له في ذلك فيجوز بغير خلاف لوجود الإذن.

ثالثها: عقد الوكالة المطلق وهذا لا يخلو من أمور:

الأول: أن يوكله في أمر مثله لا يباشره بنفسه فله أن يوكل من يقوم مقامه فيه لوجود الإذن وإمكان تحقيق المصلحة من غير مضرة.

الثاني: أن يوكله في أمر يعجز عن القيام به فيجوز أن يوكل من له قدرة على إنفاذه، وهذا تقتضيه المصلحة ولا مضرة في التوكيل بل ربما يكون في ذلك تفويت مصالح للوكيل، فللموكل أن يتصرف بما هو أصلح والتوكيل هنا الأصلح.

---

(١) المغني جـ٧ ص ٢٠٧ ط. هجر.

الثـالث: أن يوكله فيما عدا ذلك مما يتولاه بنفسه ويمكن القيام به، ففيه قولان لأهل العلم:

أحدهما: لا يصح.

هو مذهب أبي حنيفة[١]، والشافعي[٢]، والرواية المشهورة عن أحمد[٣].

وحجتهم: ١ ـ أنه لا يشمله الإذن فلا يدخل فيما أذن له فيه.

٢ ـ ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه غيره.

ثانيهما: الصحة للتوكيل.

وهي رواية ثانية عند أحمد نقلها حنبل؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فله أن ينيب غيره.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختيار الموفق رحمه الله[٤]: القول بعدم جواز التوكيل؛ لقصور الإذن، فليس للوكيل التصرف في الملك كما يحق للمالك، ولأنه اختاره فلاختياره معنى لا يتجاوزه.

رأي: والذي ظهر لي مما سبق أن العبرة بصلاح التصرف والحرص على المصلحة، فإذا رأى الوكيل أن يوكل غيره لمصلحة زائدة أو دفع مضرة عن الموكل فله ذلك، كما لو مرض أو سافر وخاف فوات شيء أوحصول ضرر، وإلا فلا بد أن يستأذن الموكل، والله أعلم.

---

(١) الهداية جـ٣ ص ١٤٨.

(٢) المهذب للشيرازي جـ١ ص ٣٥٨.

(٣) الإنصاف جـ٥ ص ٣٦٢.

(٤) المغني كما سبق، الكافي جـ٢ ص ٢٤١، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ١٥٠.

المبحث الخامس

حكم بيع الوكيل وشرائه من نفسه

للعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: ليس للوكيل الشراء من نفسه فيما وُكّل في بيعه من غيره مطلقًا.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، والشافعي[٢]، وإحدى الروايتين عن أحمد[٣]؛ وذلك لأمرين:

١ - أن العادة جرت أن يبيع الإنسان من غيره.

٢ - نفي التهمة عن النفس.

القول الثاني: يجوز له ذلك مطلقًا أي من غير شرط أو قيد، وهذا مذهب مالك[٤]، إلا أن ابن عبد البر في الكافي ذكر الجواز في صورة واحدة وهي أن يشتري بعض ما وكل فيه بثمن سائره، وبه قال الأوزاعي[٥]، وهذا قول أهل الظاهر[٦].

القول الثالث: يجوز له ذلك بشرطين:

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٢١، مختصر الطحاوي ص ١١٠، شرح الهداية جـ ٧ ص٦٩، ٧٠.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ١٥٧.

(٣) راجع: المغني جـ ٥ ص ٨٤، ٨٥، الإنصاف جـ ٥ ص ٣٧٥، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٧٧.

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٣، الكافي جـ ٢ ص ٢٩١.

(٥) راجع المغني كما سبق.

(٦) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٦.

أحدهما: أن يزيد على ثمنه الذي لو باعه على غيره لباعه به فيدفع فضلاً عما يساوي في السوق.

ثانيهما: أن يتولى النداء - وهي عملية السمسرة المعروفة أو التحريج الآن - غيره، فلا يتولى هو الإعلان عن بيعها، وهذه هي الرواية الثانية في مذهب أحمد[١].

❐ اختيار ابن قدامة:

لم يفصح ابن قدامة عن اختياره، لكنه فيما يظهر - والله أعلم - يميل إلى قول أحمد الثاني؛ لأنه برر الاشتراط فقال: إنه يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه، والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم[٢].

رأي: والحقيقة أن رأي الأحناف والشافعية فيه إبعاد للنفس عن التهمة، ويمكنه أن يشتري حاجته من شخص آخر فيبعد نفسه عن التهمة، إلا أن تكون سلعة محددة الثمن معروفة في السوق أو يحددها الموكل، فلا مانع من شرائها بنفس السعر ما دام أنه بعيد عن الشبهة.

المبحث السادس

بيان الأشياء التي تنفسخ بها الوكالة

من المعلوم أن الوكالة من العقود الجائزة، فللموكل عزل الوكيل متى شاء، وكذلك الوكيل له عزل نفسه، وتبطل بموت أحدهما وجنونه المطبق.

---

(١) راجع المغني والإنصاف كما سبق.

(٢) راجع: المغني جـ ٥ ص ٨٥، والعمدة ص ٢٥٤، والمقنع بحاشيته جـ ٢ ص ١٥٢، والكافي جـ ٢ ص ٢٦٢.

وما سبق سنده الإجماع[١].

إنما الخلاف فيما لو عزل الوكيل موكله دون علمه أو مات ولم يعلم بذلك فأوقع تصرفًا في هذه المدة فما حكم تصرفاته؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه ينعزل من حين عزله الوكيل ولو لم يعلم وتصرفه غير نافذ من حين العزل.

وهذا مذهب مالك[٢]، وقول للشافعي[٣]، ورواية عند أحمد[٤]، وهو قول أهل الظاهر[٥]. وعلل لهذا القول:

بأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلايفتقر إلى علمه، كالطلاق والعتاق.

القول الثاني: لا ينعزل قبل علمه بموت موكله أوعزله له.

وهذه رواية ثانية في مذهب أحمد وقول ثاني للشافعي، وقول ثاني لمالك، وهو مذهب أبي حنيفة[٦]؛ وعلل له:

١ ـ بأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما ترتب على إبطال تصرفاته مفاسد: فقد يبيع جارية فيطؤها المشتري، أو طعامًا فيأكله، أوغير ذلك.

٢ ـ ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل

---

(١) الإفصاح جـ٢ ص ١٠.

(٢) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٧٨٨، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٣٢، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٧٢.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ١٩٣.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص ٨٩، الإنصاف جـ٥ ص ٣٧٢، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٧١.

(٥) المحلى جـ٨ ص ٢٤٦.

(٦) مختصر الطحاوي ص ١٠٩، شرح الهداية جـ٧ ص ١٣٠، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٤٨٦.

علمه كالفسخ .

□ اختيار ابن قدامة:

لم يصرح ابن قدامة بما اختاره، لكنه فيما يظهر يميل إلى القول ببطلان التصرف بالعزل من حينه ولو لم يعلم به الوكيل إلا فيما بعد[(١)] .

وهنا أقول كلمة : إن الوكالة كما قال ابن قدامة عقد جائز لكن إلغاء تصرف الوكيل بمجرد العزل دون علمه فيه نظر ؛ لقوله تعالى : ﴿ **وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا** ﴾[(٢)] . فالأولى أن يبقى تصرف الوكيل نافذًا حتى علمه بالعزل لما يترتب على ذلك من المفاسد والله أعلم .

المبحث السابع

بيان ضابط التصرف في البيع والشراء في الوكالة

اتفق الفقهاء على أنه إذا حدد الوكيل له ثمنًا معينًا فلا يجوز له نقصانه في البيع ولا الزيادة عليه في الشراء .

ولكن اختلفوا فيما إذا أطلق ولم يحدد له ثمنًا معينًا على قولين :

القول الأول: ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، ولا أن يشتري بأكثر منه .

وهذا مذهب مالك[(٣)] ، والشافعي[(٤)] ، وصاحبي أبي حنيفة[(٥)] ،

---

(١) ذكر في المقنع روايتين ولم يرجح إحداهما . المقنع بحاشيته جـ ٢ ص ١٥١ وكذلك الكافي جـ ٢ ص ٢٦١ ، المغني كما سبقت الإشارة .

(٢) سورة الإسراء آية ١٥ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٣ ، الكافي جـ ٢ ص ٧٩٠ ، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٢٧ .

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ ١٣ ص ١٧٤ .

(٥) مختصر الطحاوي ص١١١ ، شرح الهداية جـ ٧ ص ٧٢ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٩ .

ومذهب أحمد[١].

إلا أن أحمد أجاز البيع إذا تصرف بدون ثمن المثل وعليه ضمان النقص، أما أهل الظاهر فقد قالوا: ليس للوكيل أن يبيع أو أن يشتري إلا بمثل المساوي[٢].

القول الثاني: له البيع بأي ثمن كان.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣].

وحجته: لأن الإذن مطلق، فيجب حمله على الإطلاق.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٤].

وأيده: بأنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل، وما ذكره أبو حنيفة ينتقض بالشراء فإنه وافق عليه.

رأي: الوكيل أمين والأصل اختيار من يصلح للوكالة وله ذمة ودين بحيث لا يتهم، والأصل أن يكون ذا نظر وبصيرة يعينانه على فعل الأصلح لموكله، وثمن المثل في البيع والشراء ضابط جيد يجعل الوكيل يتصرف بحذر ودقة، وفي نظري أن الغبن اليسير وبخاصة ما كان له مقابل كجودة في الصناعة أو التصميم يعفى عنه، كما أن تغير السوق وتذبذب الأسعار ومسألة العرض والطلب كل ذلك له دخل في موقف الوكيل غاية ما في الأمر أن يبذل ما في

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ٩٨، والإنصاف جـ ٥ ص ٣٧٩، وكشاف القناع جـ ٣ ص ٤٧٥.

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١١١، شرح الهداية جـ ٧ ص ٧٢، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٩.

(٤) راجع: المقنع جـ ٢ ص ١٥٣، الكافي جـ ٢ ص ٢٥٥، المغني جـ ٥ ص ٩٨.

وسعه ويجتهد ويفعل ما هو الأصلح لموكله.

المبحث الثامن

بيان ما يقتضيه الإطلاق في الشراء

الجمهور من العلماء على أن الوكيل المطلق في الشراء لابد أن يراعي حالة الشيء الذي يشتريه فلا يجوز له أن يشتري شيئًا معيبًا أو تالفًا[١].

وخالف في هذه المسألة: أبو حنيفة[٢]، فقال: يجوز له شراء المعيب بموجب الإطلاق في الوكالة، وكأن المراد إذا لم يعلم بالعيب، فإذا علم - أي الموكل - فله رده، أما إذا علم الوكيل واشتراه بعيبه فالرجوع عليه لرضاه بالمعيب؛ وعلل لهذا بأمرين:

١ - لأن التوكيل في البيع بإطلاق يدخل المعيب في إطلاقه.

٢ - ولأنه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله رأي الجمهور[٣].

وأيده: بأن البيع بإطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب، فكذلك الوكالة فيه.

---

(١) راجع في مذهب الحنابلة: المغني جـ ٥ ص ١٠٢، والإنصاف جـ ٥ ص ٣٨٧.
وفي فقه الشافعية: المهذب مع تكملة المجموع جـ ٣ ص ١٤١.
وفي فقه المالكية: الكافي جـ ٢ ص ٧٩٠، ٧٩١.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٦، شرح الهداية جـ ٧ ص ٣١، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤٦٣.

(٣) العمدة ص ٢٥٣، المقنع جـ ٢ ص ١٥٤، الكافي جـ ٢ ص ٢٥٨، المغني جـ ٥ ص ٩٨.

ورد على أبي حنيفة قياسه على المضاربة باختلاف القصد بينهما فالقصد في المضاربة الربح وقد يحصل من المعيب، كما لو انعدم جنسه فزادت قيمته حتى لو كان معيبًا، أما الوكالة فالقصد الأول والأخير من الشراء إما دفع الحاجة أو الاقتناء والعيب قد يمنع من ذلك.

* * *



الباب الحادي عشر

الإقرار بالحقوق



الباب الحادي عشر
الإقرار بالحقوق

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول
تعريفه والأصل فيه

أ ـ التعريف به:

١ ـ الإقرار في اللغة: هو الإذعان للحق وقد قرره عليه، كما ذكره صاحب القاموس[١].

وقال في مختار الصحاح: القرار المستقر من الأرض ويوم القَرّ هو اليوم الذي بعد يوم النحر؛ لأن الناس يقرون في منازلهم.

وأقر بالحق: اعترف به، وقرره غيره بالحق حتى أقر به، وقرره بالشيء: حمله على الإقرار به[٢].

٢ ـ والإقرار في اصطلاح الفقهاء: اعتراف من هو عاقل مختار بما عليه من حق[٣].

---

(١) القاموس المحيط جـ ٢ ص ١٢٠، باب الراء فصل القاف.

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٤١٦، ٤١٧، ط. مطبعة الاستقامة بالقاهرة الطبعة الرابعة.

(٣) راجع: المغني لابن قدامة جـ ٥ ص ١٠٩.

ب ـ الأصل فيه:

الكتاب، والسنة، والإجماع.

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: **﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ﴾**(١).

٢ ـ وقال تعالى: **﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾**(٢)، والاعتراف هو حقيقة الإقرار.

ب ـ السنة:

١ ـ رجم ماعز بن مالك بناءً على إقراره بالزنا وقد أقر أربع مرات والرسول ﷺ يردده، فلما أصر على ذلك أمر ﷺ برجمه(٣).

٢ ـ قوله ﷺ: «**واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»(٤)، فقد رتب الحكم على مجرد الاعتراف وهو الإقرار.

جـ ـ الإجماع:

نقل ابن قدامة الإجماع عن الأئمة على صحة الإقرار والعمل به(٥).

---

(١) سورة آل عمران آية ٨١.

(٢) سورة التوبة آية ١٠٢.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١١٠٢، في الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(٤) متفق عليه: المرجع السابق رقم ١١٠٣.

(٥) راجع: المغني جـ ٥ ص ١٠٩.

وقال ابن هبيرة: «واتفقوا على أن الحر البالغ إذا أقر بحق معلوم من حقوق الآدميين لزمه إقراره ولم يكن له الرجوع فيه»[١].

د - ولأن الإقرار إجبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، ولأن العاقل المختار لا يمكن أن يعترف بما يضر نفسه؛ ولهذا فإن الاعتراف آكد من الشهادة.

المبحث الثاني

الذي يعتبر إقراره والذي لا يعتبر

باتفاق بين الفقهاء أن الذي يعتبر إقراره هو: البالغ العاقل الرشيد المختار.

فإذا أقر من توفرت فيه هذه الصفات فلاخلاف بينهم في اعتبار إقراره، كما أنه لا خلاف في عدم اعتبار إقرار الصبي والمجنون والسفيه والمحجور عليه فيما حجر عليه فيه، والمكره[٢].

لكن وقع الخلاف بين العلماء في إقرار من زال عقله بفعل محرم كالسكر مثلاً - إذا شربه مختاراً عالمًا ذاكرًا له - على قولين:

القول الأول: لا يصح إقراره.

وهذا مذهب أحمد[٣]، وجمهور العلماء ومنهم الأحناف[٤]، وقيدوه بما إذا كان سكره بمباح، أما إذا كان بمحرم فيصح إقراره فيما لا يقبل الرجوع، وأدلة أصحاب هذا القول تأتي عند ذكر اختيار الموفق.

---

(١) الإفصاح جـ ٢ ص ١٤.

(٢) الإفصاح جـ ٢ ص ١٥.

(٣) راجع: المغني جـ ٥ ص ١١٠.

(٤) شرح الهداية جـ ٢ ص ٢٩٩، حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ١٠٣.

القول الثاني: يصح إقراره ويلزمه ما أقر به.

وهذا ظاهر مذهب مالك[١]، وهو منصوص قول الشافعي[٢]، ورواية ثانية في مذهب أحمد، إلا أن الشافعي قال: إن كان سكره بمباح فهو كالمجنون لا يصح منه إقرار.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الأول[٣]، وأيده بأمرين:

١ ـ أنه غير عاقل فإقراره كإقرار المجنون الذي سبب جنونه فعل محرم.

٢ ـ عدم الثقة بصحة ما يقوله السكران، ولا تنتفي التهمة عنه فيما يخبر به.

٣ ـ قد يصدر عنه ما هو أعظم من الإقرار ولا يؤاخذ به حتى يصحو ويعرض عليه ما قال.

رأي: لابد من استفصال السكران وسؤاله بعد أن يصحو عما أقر به، وكذلك لابد من النظر فيما أقر به؛ فإن كان قد ارتكبه فعلاً ويتعلق بحق المخلوقين كإتلاف شيء ما فلابد من إيقاع العقاب به؛ لأن حقوق الآدميين مبنية على التشاح، ثم بسؤال من أقر السكران أن له عليه حقًا والتحقق من ذلك؛ فإن صدقه قبل الاعتراف؛ لأن السكر يفسح بإخراج ما في العقل الباطن، وإن تبين لنا أنه من باب الخيالات وما يحدثه السكر من الاختلال فلا عبرة به.

---

(١) راجع: الكافي جـ٢ ص ٨٨٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٣٢، شرح الحطاب جـ٥ ص٢١٦.

(٢) المهذب جـ٢ ص ٣٤٤، روضة الطالبين جـ٨ ص ٦٢.

(٣) راجع: المقنع بحاشيته جـ٣ ص ٧٢٥، والمغني جـ٥ ص ١١٠، والكافي جـ٣ ص ٥٦٤.

المبحث الثالث

حكم الاستثناء في الإقرار

الاستثناء كما هو معلوم من لغة العرب قسمان: متصل، ومنفصل، فحكم الاستثناء المتصل - وهو ما كان المستثنى من جنس المستثنى منه - جائز بغير خلاف[(١)]، فإذا قال: له علي مائة دينار إلا عشرة، صح ولزمه ما بقي بعد الاستثناء وهو تسعون.

وقد جاء في كلام الشارع كثيرًا:

قال الله تعالى حكاية عن نوح عليه السلام: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾[(٢)].

وقال ﷺ: «**يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين**»[(٣)]، وهذا ظاهر لا إشكال فيه.

أما الاستثناء المنقطع - وهو ما كان المستثنى ليس من جنس المستثنى منه - فللعلماء في حكمه في باب الإقرار قولان:

القول الأول: إنه لا يصح.

وهذا مذهب الأحناف[(٤)]، والحنابلة[(٥)]، وحجتهم تأتي في بيان اختيار

---

(١) الإفصاح جـ٢ ص ١٧.

(٢) سورة العنكبوت آية ١٤.

(٣) رواه أحمد في البيوع باب التشديد على المدين، انظر: المسند مع الفتح الرباني جـ ١٥ ص ٨٩.

(٤) مختصر الطحاوي ص ١١٤، شرح الهداية جـ٧ ص ٣٣٠، حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ١٤٨.

(٥) راجع: المغني جـ ٥ ص ١١٢، الإنصاف جـ ١٢ ص ١٨٢.

الموفق.

القول الثاني: يصح مطلقًا.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢].

وحجة أهل القول الثاني: من كتاب الله ولغة العرب:

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلائِكَةِ اسْجُدُوا لآدَمَ فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ** ﴾[٣] الآية.

فقد استثنى إبليس من السجود لآدم وهو ليس من جنس الملائكة على الراجح من قولي العلماء، وهذا استثناء منقطع.

٢ ـ وقال تعالى: ﴿ **لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلا تَأْثِيمًا (٢٥) إِلاَّ قِيلاً سَلامًا سَلامًا** ﴾[٤]، فالسلام ليس من جنس اللغو أو التأثيم بل على العكس، فالمستثنى من غير جنس المستثنى منه.

ب ـ وجاء في لغة العرب: كما في قول الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس[٥]

---

(١) شرح الحطاب جـ ٥ ص ٢٣١، جواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٣٧.

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٠، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٤٠٧.

(٣) سورة الكهف آية ٥٠.

(٤) سورة الواقعة الآيتان ٢٥، ٢٦.

(٥) اليعافير: الظباء التي لونها بلون التراب، والعيس: الجمال البيض التي يخالط بياضها شقرة، وهذا البيت من قول الشاعر: جُران العود، انظر: ديوانه ص ٥٣، دار الكتب ١٣٥٠، كتاب سيبويه جـ ٢ ص ٣٢١، ٣٢٢.

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وإن لم يكن منهم.

قلت: قد يحصل الأنس في البرية باليعافير وبالعيس، فلا يكون الاستثناء منقطعًا إلا إذا كان المراد بالأنيس الإنسان، ولعله المراد عند الإطلاق.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله عدم جواز دخول الاستثناء المنقطع في باب الإقرار(١).

وأيد هذا الاختيار بالرجوع إلى تعريف الاستثناء: وهو صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه.

أو هو: إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه، مشتق من ثنيت فلانًا عن رأيه، إذا صرفته عن رأي كان عازمًا عليه.

وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه، ولا ثناه عن وجه استرساله ـ فلا يكون استثناءً وإنما سمي استثناءً تجوزًا، وإنما هو في الحقيقة استدراك، «وإلا» هاهنا بمعنى «لكن»، وهذا مروي عن ابن قتيبة وسيبويه.

والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد، ولهذا لم يأت الاستثناء في القرآن من غير الجنس إلا بعد النفي، ولا يأتي بعده الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة.

ورد استدلال الشافعية والمالكية بالآية الكريمة: ﴿فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ﴾؛ بأن الاستثناء هنا متصل وأن إبليس من جنس الملائكة، لأن الله تعالى إنما أمر الملائكة بالسجود دون غيرهم، فامتنع إبليس وهو منهم فأهبطه الله ولعنه

(١) راجع: العمدة ص ٦٦٣، المقنع بحاشيته جـ٣ ص ٧٤١، الكافي جـ٣ ص ٥٧٤، المغني جـ٥ ص ١١٣.

ودحره.

رأي: وهذه مسألة خلافية ليس محلها هنا، وإنما ورود الاستثناء المنقطع في الكتاب ولغة العرب وارد، ومنعه في باب الإقرار لغرض معين وهو أنه استدراك ولا مدخل له في الإقرار؛ لأنه إثبات للمقر به، فإذا استدرك أبطل إقراره.

وأنا أرى أن الاستثناء المنقطع كقول الرجل: له علي ألف ريال إلا بعير - عبث ينبغي تجنبه - إلا لفائدة، أو غرض صحيح.

وعلى من يعمل في المحاكم أن يلزم المقر بشيء واضح لا غموض فيه ولا استثناءات إلا في حدود الضرورة القصوى، كقول الرجل مثلاً: نعم أقر أن له علي ألفًا لكني قضيته مائة، فيكون مقرًا بتسعمائة، ونحو ذلك.

المبحث الرابع

الإقرار بالنسب

قال ابن قدامة رحمه الله: لا يخلو في الإقرار بالنسب: أن يقر على نفسه خاصة أو عليه وعلى غيره.

فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولد؛ فلابد من توفر أربعة شروط:

١ - أن يكون المقر به مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب لم يجز؛ لأنه يقطع نسبًا معلومًا ثابتًا، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه[١].

(١) رواه أحمد في المسند جـ ٤ ص ١٨٦.

٢ - أن لا ينازعه فيه منازع.

٣ - أن يمكن صدقه.

٤ - أن يكون المقر به ممن لا قول له كالصغير والمجنون - أو له قول وصدقه.

وإن كان الإقرار على نفسه وعلى غيره لزم شرط خامس:

٥ - وهو أن يقر به جميع الورثة ويرضوا بذلك[١].

وإن أقر به البعض ثبت نسبه بدون خلاف، أما ميراثه ففيه خلاف، والصحيح إن شاء الله أن يرث ويزاحم من اعترف به لاحتمال أن اعترافه به لضرر الورثة فلا يقبل على حسابهم، وإنما يصح نسبه لأن الإسلام حريص كل الحرص على ثبوت النسب، والميراث يزاحم فيه من اعترف به لئلا يقدم على ضرر غيره، اللهم إلا إذا قامت بينة بالنسب تدعم الإقرار فيصح نسبه ويرث معهم جميعًا؛ لأنه حق له لا يجوز حرمانه منه.

المبحث الخامس

حكم الرجوع عن الإقرار

من أقر بحق لآدمي أو حق لله تعالى لا تسقطه الشبهة كالزكاة والكفارة، ثم رجع عن إقراره - لم يقبل رجوعه[٢]؛ لأنه حق يثبت لغيره فلم يسقط بغير رضاه كما لو ثبت ببينة.

أما إن أقر بحد ثم رجع عنه قُبِل رجوعه لما جاء في حديث ماعز عندما

---

(١) راجع: المغني جـ ٥ ص ١٤٧.

(٢) راجع: الكافي لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٨٣.

هرب فأدركوه وأخبروا بذلك رسول الله ﷺ فقال: «**هلا تركتموه يتوب، فيتوب الله عليه**»[١].

وهذا فيما ثبت بالإقرار، أما ما ثبت بالبينة فلا تؤثر توبته في إقامة الحد عليه.

حتى إن بعض الفقهاء لم ير قبول رجوع المعترف مطلقًا وأول قوله ﷺ: «**هلا تركتموه**»، ليستثبت منه، أما لترك حد من حدود الله فلا، والله أعلم.

* * *

(١) خرجه الترمذي رقم ٤٤٢٨، في الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، وذكره الشيخ الألباني في صحيح الترمذي في حديث أبي هريرة في رجوع ماعز مقتصراً على قوله: «**هلا تركتموه**» حديث ١١٥٤.

الباب الثاني عشر

العـــارية



الباب الثاني عشر
العارية

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول
التعريف بها وبيان الأصل فيها

أ ـ التعريف بها:

١ ـ التعريف اللغوي: قال في القاموس : أعاره الشيء وأعاره منه وعاوره إياه وتعور واستعار : طلب إعارته ، واعتوروا الشيء وتعوروه وتعاوروه : تداولوه . وعاره يعوره ويعيره : أخذه وذهب به أو أتلفه[١] اهـ.

وقال في المختار من صحاح اللغة : العارية : بالتشديد ـ كأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب . والعارة أيضًا : العارية . وهم يتعورون العواري بينهم تعورًا . واستعاره ثوبًا فأعاره إياه[٢] .

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفها ابن قدامة في المغني بأنها : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال ، ثم ردها[٣] .

---

(١) راجع : القاموس المحيط للفيروز أبادي جـ٢ ص ١٠١ . باب الراء فصل العين .

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٣٦٣ .

(٣) المغني لابن قدامة جـ٥ ص١٦٣ .

ب ـ الأصل فيها:

أورد ابن قدامة الأدلة التالية على جوازها:

١ ـ الكتاب: قوله تعالى: ﴿ **فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ﴿٤﴾ الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴿٥﴾ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ﴿٦﴾ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ** ﴾[1].

وموضع الشاهد قوله تعالى: ﴿ **وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ** ﴾.

وقد روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: العواري أي منع الجيران ما يستعيره بعضهم من بعض.

وقد فصل ابن مسعود في تفسيرها فقال: القدر، والميزان، والدلو[2].

٢ ـ السنة:

١ ـ قوله ﷺ في خطبة حجة الوداع: «**العارية مؤداة، والدين مقضي، والمنحة مردودة، والزعيم غارم**»[3].

والزعيم هو الكفيل والضمين.

٢ ـ ما روى صفوان بن أمية: أن النبي ﷺ استعار منه أدراعًا يوم حنين،

---

(١) سورة الماعون الآية: ٧.

(٢) نقل هذا ابن قدامة في كتابه المغني جـ٥ ص ١٦٣، وانظر: في تفسير الآية: ابن كثير جـ٤ ص٤٨٦.

(٣) أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن، انظر: صحيح الترمذي بعارضة الأحوذي في البيوع ـ باب العارية جـ٦ ص ٢١ ـ ثم قال ابن العربي: لم يصح في هذا الباب بلفظه حديث.

فقال: أغصبًا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة»[١]. ولفظ أبي داود: «أغصب»، بالرفع، وكلاهما جائز.

٣ ـ الإجماع:

نقل ابن قدامة [٢] إجماع الأمة على جواز العارية واستحبابها لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعًا.

الفصل الثاني

بيان حكم العارية

اختلف الفقهاء في حكم العارية على قولين:

القول الأول: إنها مندوب إلى فعلها وليست واجبة. وهذا قول جمهور العلماء[٣]، ويأتي ذكر أدلتهم عند بيان اختيار ابن قدامة.

القول الثاني: إنها تجب. ولم ينسبه ابن قدامة لأحد.

---

(١) رواه الترمذي كما سبق، وأبو داود رقم ٣٥٦٢ في البيوع ـ باب في تضمين العارية.

(٢) المغني جـ٥ ص ١٦٣. وانظر: الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص ٢١.

(٣) راجع في مذهب مالك: بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٥٩، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٤٥، وشرح الحطاب جـ٥ ص ٢٦٨، الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٨٠٨، وفي مذهب أبي حنيفة: حاشية ابن عابدين جـ٨ ص٣٨١، وفي مذهب الشافعي: المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٦٤٤ وفي مذهب أحمد: المغني جـ٥ ص ١٦٤.

ولعل الذين ذهبوا إلى ذلك أهل الظاهر[١] . ودليل هذا القول :

١ ـ الآية الكريمة : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾[٢] .

٢ ـ ولما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : «**ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها ـ . . .** إلى قوله : قيل : يا رسول الله ، وما حقها؟ قال : « **إعارة دلوها ، وإطراق فحلها ومنحه لبنها يوم وردها** »[٣] .

ووجه الاستشهاد من الآية والحديث أن الله ورسوله ﷺ ذما وتوعدا من منع العارية ، وهذا يدل على وجوبها .

❑ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وهو أن حكم العارية مندوب[٤] .

واحتج لهذا الاختيار بالأدلة التالية :

١ ـ قوله ﷺ : «**إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك**»[٥] .

٢ ـ قوله ﷺ : «**ليس في المال حق سوى الزكاة**»[٦] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ٩ ص ١٦٨ لكنه قال : هي جائزة ، وهي فرض في بعض مواضع .

(٢) سورة الماعون الآية : ٧ .

(٣) رواه مسلم رقم ٩٨٨ في الزكاة ـ باب إثم مانع الزكاة جـ٢ ص ٦٨٤ ، ٦٨٥ .

(٤) الكافي جـ٣ ص ٣٨١ ، والمغني جـ٥ ص ١٦٤ .

(٥) رواه ابن ماجه رقم ١٧٨٨ في الزكاة باب ما أدي زكاته ليس بكنز ، ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه لكنه صحح حديث ابن عمر وهو في معناه : ١٤٤٦ .

(٦) ابن ماجه رقم ١٧٨٩ في الزكاة كما سبق ، ولم يصححه الشيخ الألباني .

٣ ـ قوله ﷺ في حديث الأعرابي عندما سأله: ماذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال: «**الزكاة**» فقال: هل علي غيرها؟ قال: «**لا إلا أن تطوع**»[١].

وليس فيما استدل به من قال بالوجوب دليل.

ولأن الآية جاء في تفسيرها ـ أن المراد بها منع الزكاة. وهذا مأثور عن عمر والحسن البصري وزيد بن أسلم.

وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل ـ إذا سها عن الصلاة، وراءى، ومنع الماعون[٢].

ـ وليس من الخلق المستقيم منع الماعون بل قد تجب العارية عند الضرورة إليها مع غناء صاحبها عنها والله أعلم.

* * *

(١) متفق عليه: انظر اللؤلؤ والمرجان رقم ٦ في الإيمان ـ باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

(٢) راجع في كل هذا: المغني جـ٥ ص ١٦٤، وتفسير ابن كثير جـ٤ ص ٤٨٦ ط دار القلم.



الفصل الثالث

حكم رد العارية

إن كانت باقية فيجب ردها بغير خلاف.

وأما إن كانت تالفة فللعلماء قولان:

القول الأول: يجب إعادة العارية مطلقًا سواء أكان تلفها بتعدٍ منه أم بدونه.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وأحمد[٢]. وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. وبه قال عطاء، وإسحاق[٣]. وأدلة هؤلاء تأتي عند بيان اختيار الموفق.

القول الثاني: إنها أمانة، وهذا يعني أنه لا يجب ضمانها بالتلف إلا إذا تعدى في إتلافها.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]، ومذهب مالك[٥] في الدور والحيوان، أما

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٤٩، روضة الطالبين جـ٤ ص ٤٣١.

(٢) راجع المغني جـ٥ ص ١٦٤، الإنصاف جـ٦ ص ١١٢، كشاف القناع جـ٤ ص ٧٣.

(٣) راجع: المغني كما سبق، وتكملة المجموع أيضًا.

(٤) مختصر الطحاوي ١١٦، حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٣٨٩.

(٥) الكافي جـ٢ ص ٨٠٨، شرح الحطاب جـ٥ ص٢٦٩، ٢٧٠، وجواهر الإكليل جـ٢ ص١٤٥، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٦٠.

فيما يغيب فيضمنه كالقول الأول. واعتبارها أمانة هو قول الحسن، والنخعي، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز، والثوري والأوزاعي، وابن شبرمة[١]. واحتجوا على مذهبهم بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «**ليس على المستعير غير المغل ضمان**»[٢].

٢ ـ ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة. والمؤتمن لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٣] وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ في حديث صفوان: «**بل عارية مضمونة**»[٤].

٢ ـ ما رواه سمرة بن جندب عن النبي ﷺ أنه قال: «**على اليد ما أخذت**

---

(١) راجع: المغني كما سبق.

(٢) معنى المغل: أي الخائن. والحديث أخرجه الترمذي في العارية ـ باب العارية مؤداة، وقال: لم يصح، إنما هو من قول شريح جـ٦ ص ٢١، ٢٢، من الترمذي مع عارضة الأحوذي. وكذا قال البيهقي في العارية ـ باب من قال لا يغرم جـ٦ ص٩١.

(٣) الكافي جـ٢ ص ٣٨٢، المغني جـ٥ ص١٦٤، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ٢٢٨.

(٤) رواه أبو داود رقم ٣٥٦٢ والترمذي وتقدم. وذكره البيهقي في العارية مضمونة جـ٦ ص٨٩، وذكره في التلخيص الحبير في العارية جـ٣ ص ٦٠. وصححه الشيخ الألباني ـ حيث ذكره في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٢، وفي السلسلة الصحيحة برقم ٦٣١.

حتى تؤديه»[١] .

٣ ـ ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه ، من غير استحقاق ولا أذن في الإتلاف، فكان مضمونًا كالغاصب، والمأخوذ على وجه السوم.

وعلل الترجيح: بإسقاط أدلة أهل القول الثاني فقال:

١ ـ حديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمرو وعبيد ضعيفان كما قاله البيهقي[٢]، ثم يحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء.

٢ ـ أما قياسهم فمنقوض بالمقبوض على وجه السوم. فإنه لو تلف كان من ضمان المشتري لأنه بيده ولو لم يجزم بالبيع.

الفصل الرابع

حكم إعارة المستعير العارية أو إجارتها

اتفق الفقهاء على ما يأتي[٣] :

١ ـ أن المستعير يستعمل العارية فيما أذن له فيه.

٢ ـ أنه لا يملك العين فلا يجوز له تأجيرها.

واختلفوا في الإعارة من المستعير على قولين:

---

(١) رواه الترمذي في العارية ـ باب العارية مؤداة، وقال: حديث حسن صحيح جـ٦ ص ٢١ وخرجه البيهقي في العارية ـ باب العارية مضمونة جـ٦ ص ٩٠، والتلخيص الحبير في العارية جـ٣ ص ٦٠، وكلهم حكى الزيادة: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. ولفظ أبي داود: «حتى تؤدى».

(٢) تقدم تخريج البيهقي والترمذي للحديث في الصفحة السابقة.

(٣) الإجماع لابن المنذر ص١٣١ .

القـــول الأول: ليس له أن يعير العين التي استعارها، وهذا أحد قولي الشافعي[١]، ومذهب أحمد[٢].

القول الثاني: له ذلك.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣]، ومالك[٤]، والقول الثاني للشافعي[٥].

وحجتهم: أن المستعير ملك منافع العين بتمليك مالكها له فجازت إعارته لشخص آخر قياساً على المستأجر فإن له أن يؤجر ما استأجره في حدود المنفعة التي استأجر من أجلها هو.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول، وهو عدم جواز إعارة العارية إلا بإذن مالكها الأصلي[٦].

وأيد ذلك: بأن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها لغيره كإباحة الطعام.

وفارق الإجارة: لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فله أن يملكها، وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٥٨.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ١٦٨، الإنصاف جـ٦ ص ١١٤، كشاف القناع جـ٤ ص ٧٠.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١١٦، حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٣٩٤.

(٤) راجع: جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٤٥، شرح الحطاب جـ٥ ص ٢٦٨، الكافي جـ٢ ص ٨١١.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٥٨.

(٦) الكافي جـ٢ ص ٣٨٣، والمغني لابن قدامة جـ٥ ص ١٦٨.

له أكل الطعام.

وهذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب إن شاء الله، والمتمشي مع الأدب الإسلامي الرفيع، والذوق السليم فليس من الأخلاق إذا دفع إنسان إليك سيارته مثلاً أن تدفعها إلى آخر فلربما أعاركها لعلمه أنك أمين وذو معرفة في القيادة وحكمة، وربما منع إعطاءها أقرب الناس إليه كأخيه لتهوره في القيادة مثلاً.

فالقول بالمنع أفضل، والله أعلم، وعذره أنها عارية، أو حتى يستأذن من صاحبها فإن أذن زال المنع، وإلا بقي، ويندفع عنه الإحراج.

وقد يجوز ذلك إذا علم من صاحبها سروره بذلك كأن يدفعها لعزيز عليه أو من يحبه ويغضب إذا علم بمنعه منها.

* * *



الباب الثالث عشر

الغصـــب



الباب الثالث عشر
الغصب

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول
تعريفه وبيان الأدلة على تحريمه

أ ـ تعريفه:

١ ـ التعريف اللغوي:

قال في القاموس: غصبه يغصبه، أخذه ظلمًا كاغتصبه وغصب فلانًا على الشيء إذا قهره. اهـ(١)

وقال في المختار من صحاح اللغة: الغصب أخذ الشيء ظلمًا، وبابه ضرب تقول: غصبه منه، وغصبه عليه. والاغتصاب مثله. والشيء غصب ومغصوب(٢).

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفه ابن قدامة بأنه: الاستيلاء على مال الغير بغير حق(٣).

وعرفه الماوردي بتعريف جامع فقال: الغصب هو: منع الإنسان من ملكه

---

(١) القاموس المحيط جـ١ ص١١٥، باب الباء فصل الغين.

(٢) المختار ص ٣٧٤، مادة: غصب.

(٣) المغني جـ٥ ص ١٧٧.

والتصرف فيه بغير استحقاق[١] .

ب ـ أدلة تحريمه:

ومن هذا يعرف حكم الغصب وأنه حرام. والأدلة على تحريمه من الكتاب، والسنة، والإجماع:

١ ـ الكتاب:

قال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾[٢] .

والغصب أكل مال الغير بالباطل وقد نهى الله عنه: وهذا يدل على تحريمه. والاستثناء هنا: منقطع و﴿إلا﴾ بمعنى: لكن. فهو من باب الاستدراك[٣] .

٢ ـ وقال تعالى: ﴿ **وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[٤] .

فقد حرم الله أكل مال الغير بدون حق كما حرم الطريق الموصل إلى ذلك كالرشوة وغيرها فالوسيلة لها حكم الغاية.

٣ ـ وقال تعالى: ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا** ﴾[٥] .

والسرقة نوع من الغصب، إلا أنها على وجه الخفية.

---

(١) تكملة المجموع جـ١٣ ص٢٨٤ .

(٢) سورة النساء آية: ٢٩ .

(٣) انظر: تفسير ابن كثير رحمه الله جـ١ ص ٤١٢ .

(٤) سورة البقرة آية: ١٨٨

(٥) سورة المائدة آية: ٣٨ .

٢ ـ السنة:

١ ـ ما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «**إن دماءكم، وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا**»[١].

٢ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يا أبا سلمة اجتنب الأرض فإن رسول الله ﷺ قال: «**من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين**»[٢].

٣ـ وعنه ﷺ أنه قال: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[٣].

الفصل الثاني

تصور غصب العقار

الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن تصور غصب العقار ممكن، سواء أكانت أرضًا أم دارًا أم غيرهما، وتضمن بالغصب.

---

(١) رواه مسلم في الحج باب حجة النبي ﷺ رقم ١٢١٨، وخرجه في التلخيص الحبير وقال: هو متفق عليه بهذا وأتم منه. في الغصب رقم ١ جـ٣ ص ٩١.

(٢) متفق عليه: البخاري في بدء الخلق باب ما جاء في سبع أرضين، وفي المظالم باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض، ومسلم رقم ١٦١٢ في المساقاة باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(٣) رواه أبو إسحاق الجوزجاني كما في المغني جـ٥ ص ١٧٧، وخرجه أحمد في المسند في الغصب باب النهي عن جده وهزله، انظر: مسند أحمد مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٤٠، وخرجه البيهقي في الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا جـ٦ ص ٩٧.

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] .

القول الثاني: لا يتصور غصبها، ولا تضمن بالغصب وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف.

وهذا مذهب أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف[٤]. وحجة أصحاب هذا القول:

١ ـ أنه لا يوجد فيها النقل والتحريم، فلم يضمنها ، كما لو حال بينه وبين متاعه، فتلف المتاع.

٢ ـ ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدوانًا على وجه تزول به يد المالك؛ ولا يمكن ذلك في العقار.

❒ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول، وهو إمكان جريان أحكام الغصب على العقار[٥] . وأيد هذا الاختيار بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ : «**من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من**

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥٠ ، شرح الحطاب جـ٥ ص ٢٧٤ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٦٤ ، الكافي جـ٢ ص ٨٤٤ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٨٤ .

(٣) راجع : المغني جـ٥ ص ١٧٩ ، الإنصاف جـ٦ ص١٢٣ ، كشاف القناع جـ٤ ص٧٧ .

(٤) مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، شرح الهداية جـ٨ ص ٢٥٠ .

(٥) راجع : المقنع جـ٢ ص ٢٣٤ ، الكافي جـ٢ ص ٣٩٨ ، المغني جـ٥ ص ١٧٩ وص ١٨٠ .

سبع أرضين»[١] . وفي لفظ: «**من غصب شبرًا من الأرض**».

وهذا يدل على دخول الغصب وجريان أحكامه على العقارات، والأرض ليست من المنقولات.

٢ ـ ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول.

٣ ـ ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل دخوله الدار ومنع صاحبها من الدخول إليها، فأي فرق بين هذا وبين أخذه الدابة والمتاع؟ لا شيء[٢] .

«وأي تلف بسبب الغاصب في العقار مضمون عليه بغير خلاف بين العلماء»[٣] .

الفصل الثالث

بيان الحكم في الأرض المغصوبة إذا زرعت أو غرس فيها

باتفاق بين الفقهاء[٤] أن:

١ ـ الغرس كالنخل ونحوه يجبر الغاصب على قلعه وأرش نقص الأرض إن كان، وكذلك البناء. ويدل لهذا الاتفاق:

---

(١) متفق عليه وتقدم، انظر ص ٤٠١ من هذا البحث.

(٢) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

(٣) الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٢٨.

(٤) المرجع السابق ص ٣١.

أ ـ قوله ﷺ : «ليس لعرق ظالم حق»[١] .

ب ـ ما روى أبو عبيد في الحديث : «أنه قال : فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي ﷺ ، فقضى للرجل بأرضه ، وقضى للآخر أن ينزع نخله ، قال : فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفئوس ، وإنها لنخل عم»[٢] .

جـ ـ ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه ، بغير إذنه فلزمه تفريغه .

٢ ـ أن الزرع إذا حصده الغاصب فهو ملك له ، لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم ، وضمان النقص .

واختلفوا فيما إذا أخذها صاحبها والزرع فيها ؛ ما العمل؟ على قولين :

القول الأول: لمالك الأرض الحق في إجبار الغاصب على قلع زرعه

---

(١) رواه أبو داود في الإمارة رقم ٣٠٧٣ ، في الإمارة باب إحياء الموات ، والترمذي وقال : هذا ، حديث حسن غريب في الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، وخرجه في التلخيص الحبير ، وأعله بالإرسال ، وضعف بعض رواته جـ٣ ص ٩١ في الغصب ، وخرجه البيهقي في الغصب باب ليس لعرق ظالم حق جـ٦ ص ٩٩ ، قلت : وكثرة طرقه تفيد صحة معناه ، وفصل الزيلعي في نصب الراية في تخريجه في الغصب جـ٤ ص١٧٠ . وصححه الشيخ الألباني انظره في صحيح أبي داود حديث ٢٦٣٨ .

(٢) معنى نخل عم ؛ أي كثير ، وله مدة كبر فيها ، وخرجه البيهقي في الغصب ، باب ليس لعرق ظالم حق ، وزاد بعد قوله : نخل عم : حتى أخرجت . وكذلك أبو داود رقم ٣٠٧٥ في الإمارة ، باب في إحياء الموات جـ٣ ص ٤٥٥ ترتيب الدعاس . وانظره في صحيح أبي داود للشيخ الألباني حديث ٢٦٣٩ .

وحكمه حكم الغراس ؛ هدر.

وهذا مذهب أكثر الفقهاء[١] . وحجتهم:

١ ـ قوله ﷺ : «**ليس لعرق ظالم حق**»[٢] .

٢ ـ ولأنه تعدى في أرض لا يملكها بالزراعة فأشبه ما لو غرسها.

القول الثاني: لا يملك صاحب الأرض إجبار الغاصب على قلعه، ويخير المالك بين: أن يترك الزرع في الأرض إلى الحصاد، ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض، وأرش نقصها، وبين أن يدفع إليه نفقته، ويكون الزرع له.

وهذا مذهب الحنابلة[٣]، وبه قال أبو عبيد[٤].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى مذهب الحنابلة؛ وهو القول الثاني[٥]. واحتج له بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى رافع بن خديج، قال: قال رسول الله ﷺ : «**من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته**»[٦].

---

(١) راجع في مذهب مالك: الكافي جـ٢ ص ٨٤٤، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٦٧ جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥٠، وفي مذهب الشافعي: المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٣٠٩ وما بعدها. وفي مذهب الأحناف: شرح الهداية جـ٨ ص٢٥٣.

(٢) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص ١٨٨، الإنصاف جـ٦ ص ١٣١، كشاف القناع جـ٤ ص٨٠.

(٤) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

(٥) المقنع جـ٢ ص ٢٣٤، والكافي جـ٢ص ٣٩٩، والعمدة ص ٢٧٤، والمغني جـ٥ ص١٨٩.

(٦) رواه أبو داود والترمذي وحسنه. وانظر: التلخيص الحبير في الغصب جـ٣ ص ٦١، ٦٢ ونصب الراية في الغصب جـ٤ ص ١٧١.

ووجه الاستدلال: أنه لم يحكم على الغاصب بقلع الزرع كما فعل في الفرس فكأنه جهل الخيار لرب الأرض.

٢ـ ما روي عنه ﷺ: أنه رأى زرعًا في أرض طهير فأعجبه فقال: «**ما أحسن زرع طهير**» فقيل: إنه ليس لطهير. ولكنه لفلان قال: «**فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته**»[1].

قال رافع: فأخذنا زرعنا، ورددنا عليه نفقته.

٣ـ ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمن مع المحافظة على مال الغاصب؛ صيانة للمال عن التلف.

٤ـ ولأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به ـ كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة، ولا يجبر على إبقائه لأنه ظلم.

وعلل الترجيح بما يلي:

١ـ فارق الزرع النخل وسائر الشجر. لأن مدته تطول ولا يعلم متى تنتهي فانتظاره ربما يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلية.

٢ـ حديثهم ورد في الغرس. وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه، وهذا أولى من إبطال أحدهما[2].

رأي:

١ـ الأحاديث التي ذكرها ابن قدامة ليست صريحة في الموضوع فحديث

---

(١) يظهر أنه حديث رافع بن خديج السابق.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص١٨٩.

« **من زرع في أرض** » الحديث؛ غير صريح في الموضوع : لأن إرجاع الضمير في قوله : « **وعليه نفقته** » يعود إلى أقرب مذكور، وأقرب مذكور هو الغاصب؛ لقوله: « **فليس له من الزرع شيء** ».

وكأن التضمين هنا على الغاصب ؛ أي لا نفقة له. أو عليه ما نقص من الأرض.

أما حديث طهير ؛ فهو صريح في الموضوع، لكن فيه جهالة اسم من زرع في أرض طهير ، وهذه تؤثر في قوة الاحتجاج به. كما أن ابن قدامة لم ينسبه إلى راوٍ معين. ويحتمل أنه حديث رافع.

٢ ـ قوله: يمكن رد الأرض المغصوبة إلى مالكها مع المحافظة على مال الغاصب. أقول : الغاصب متعد وليس له حق على المغصوب منه ليحافظ على ماله؛ بل إذا عوقب بالحرمان مطلقًا ارتدع عن فعله مرة أخرى. فهو أبلغ في زجره وزجر غيره.

٣ ـ أما قياسه الأرض المغصوبة على المستعارة فالفرق واضح بينهما . وأحسن ما قاله ابن قدامة جمعه بين الحديثين بأن حديثهم ورد في الغرس، وحديثنا ورد في الزرع فيعمل بكل منهما في موضعه.

ولكني أرى أن رأي الجمهور أولى وأقرب إلى العدالة وحفظ كرامة الإنسان وعدم التعدي على حقوق الغير بغير إذن منهم، إلا أن يرضى مالك الأرض بدفع شيء من النفقة أو كلها إلى الغاصب فهو وذاك. ويكون كرمًا منه وحسن خلق.

الفصل الرابع

بيان الحكم إذا لم يستطع الغاصب رد العين المغصوبة ثم قدر عليه بعد أن دفع قيمته فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: للمغصوب منه المطالبة ببدله. فإذا أخذه ملكه، ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها، ويسترد قيمتها التي أداها.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وأحمد[٢]. ويأتي دليل هذا القول.

القول الثاني: يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها، وبين تضمينه إياها، فيزول ملكه عنها، وتصير ملكًا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه.

وهذا مذهب مالك[٣]، وأبي حنيفة[٤]. وحجتهما:

١ ـ أن المالك ملك البدل، فلا يبقى ملكه على المبدل؛ كالبيع.

٢ ـ ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه، فنقله كما لو خلط زيته بزيته؛ أي فتعذر الرد.

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٨٩، ٢٩٠.
(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٠٥، الإنصاف جـ٦ ص ١٩٩، كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٧.
(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥١، شرح الحطاب جـ٥ ص ٢٨٨، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٦٤.
(٤) مختصر الطحاوي ص ١١٩، شرح الهداية جـ٨ ص ٢٤٢، ٢٧٢.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[١] . وأيده بما يلي :

١ ـ أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف .

٢ ـ ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك، كما لو كان المغصوب عبداً مدبراً . وليس هذا جمعًا بين البدل والمبدل . لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض .

ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه، ولا يشبه الزيت؛ لأنه يجوز بيعه، ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبدًا[٢] .

الفصل الخامس

بيان الحكم إذا تلف المغصوب

لا تخلو العين المغصوبة إذا تلفت أن تكون مثلية أو متقومة، فإن كانت متقومة وجبت قيمتها، وإن كانت مثلية وجب مثلها؛ فإن فقد المثل وجبت القيمة . وحجة هذا كله الإجماع[٣] .

واختلف الفقهاء في تحديد القيمة هل هي قيمته يوم انقطاع المثل؟ أو قيمته يوم قبض البدل؟ أو قيمته يوم المحاكمة؟ على ثلاثة أقوال :

الأول: له قيمته يوم انقطاع المثل .

---

(١) راجع : المقنع بحاشيته جـ٢ ص ٢٤٩، الكافي جـ٢ ص ٤٠٣، المغني جـ٥ ص ٢٠٦ .
(٢) راجع : المغني كما سبق .
(٣) الإفصاح جـ٢ ص٢٨ .

وهذا مذهب أحمد[١]، وبعض الشافعية[٢]. ويأتي دليله في اختيار الموفق.

الثاني: له قيمته يوم قبض البدل.

وهذا رأي القاضي من علماء الحنابلة[٣]. وحجته:

أن الواجب المثل إلى حين قبض البدل، بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان هو الواجب دون القيمة.

الثالث: له قيمته يوم المحاكمة.

وهذا مذهب مالك[٤]، وأبي حنيفة[٥]، وأكثر أصحاب الشافعي. وحجتهم: أن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم.

وحكي عن مالك تفصيل؛ فحكم في المكيل والموزون بالمثل، وحكم في العروض من حيوان وغيره بالقيمة يوم استهلك. وفي الكافي أن له قيمته يوم اغتصبه.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الأول؛ وهو وجوب القيمة عند انقطاع المثل[٦]. واحتج

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٠٨، الإنصاف جـ٦ ص ١٩١، كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٨.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٢٨١.

(٣) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٤) راجع: بداية المجتهد جـ٢ ص٣٦٤، الكافي جـ٢ ص ٨٤٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٥١، شرح الحطاب جـ٥ ص ٢٨٦.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١١٩، شرح الهداية جـ٨ص٢٤٦ وما بعدها.

(٦) راجع: المقنع جـ٢ ص ٢٤٨، الكافي جـ٢ ص ٤٠٤، المغني جـ٥ ص ٢٠٨، ٢٠٩.

ابن قدامة بما يلي:

١ ـ أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ: أنه يستحق طلبها واستيفاءها، ويجب على الغاصب أداؤها. ولا ينفي وجوب المثل؛ لأنه معجوز عنه، والتكليف يستدعي الوسع.

٢ ـ ولأنه لا يستحق طلب المثل، ولا استيفاءه، ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبًا كحالة المحاكمة.

أما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه؛ لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل، فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم. ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة، وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه.

رأي:

إنني أؤيد القول بأن القيمة المعتبرة هي قيمته يوم المحاكمة إذا كانت أكثر، وإلا فقيمته يوم أخذه.

فالعبرة في أداء القيمة هي: النظر إلى ما هو الأصلح للمغصوب منه تنكيلاً بالغاصب ولأنه ربما باعه في هذه المدة بأكثر فاستفاد منه، ولأنه منعه من التصرف فيه فضمانه بالأكثر فيه جبر للحرمان منه تلك المدة، والله أعلم.

* * *



الباب الرابع عشر

الشفعة



الباب الرابع عشر

الشفعة

وفيه سبعة فصول:

الفصل الأول

تعريفها والأصل فيها

أ ـ تعريفها:

١ ـ التعريف اللغوي:

قال في القاموس: الشفع ضد الوتر وهو الزوج. ثم قال: والشفعة: هي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده[١]. اهـ.

وقال في المختار: الشفعة في الدار والأرض. والشفيع: صاحب الشفعة، وصاحب الشفاعة[٢]. اهـ.

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفها ابن قدامة فقال: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة

---

(١) القاموس المحيط جـ٤ ص ٤٧. باب العين فصل الشين.

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٣٧١. مادة: شفع.

عنه، من يد من انتقلت إليه[١]. بمثل ثمنها[٢].

ب ـ أدلة جوازها: السنة والإجماع.

فمن السنة:

١ ـ ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة»[٣].

٢ ـ ولمسلم قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[٤].

٣ ـ ولأبي داود: «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٥].

الإجماع:

حكى ابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر الإجماع فقال: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار، أو حائط[٦].

---

(١) المغني جـ٥ ص ٢٢٩، والعمدة ص ٢٧٥، والمقنع جـ٢ ص ٢٥٦.

(٢) زيادة في الكافي جـ٢ ص ٤١٦.

(٣) متفق عليه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان رقم ١٠٣٦ في المساقاة باب الشفعة جـ٢ ص ١٥٧.

(٤) خرجه مسلم رقم ١٦٠٨ في المساقاة باب الشفعة.

(٥) انظر: سنن أبي داود رقم ٣٥١٤ في البيوع والإجارات باب في الشفعة.

(٦) الإجماع لابن المنذر ص١٢١ رقم الإجماع ٥١٢.

ثم شرح رحمه الله هذا فقال: والمعنى في ذلك: أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه، وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص، والاستخلاص، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه، وتخليص شريكه من الضرر. فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشارع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه.

قال: ولا نعلم أحداً خالف هذا، إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك. فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك. وقد رد عليه فقال: هذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة، والإجماع المنعقد قبله. وما ذكره يمكن الجواب عليه من وجهين:

أحدهما: أنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشتري منهم، غير شركائهم، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

ثانيهما: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم، فيسقط استحقاق الشفعة[١].

قلت: وأي ضرر في الأخذ بالشفعة إذا كان مراد الشريك البيع والحصول على الثمن، فهو يحصل عليه من شريكه كما يحصل عليه من المشتري ويسعد شريكه بنفي الضرر عنه فالبيع من الشريك مصلحة مشتركة.

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٥ ص ٢٢٩.

الفصل الثاني

شروط الشفعة

ذكر ابن قدامة للشفعة شروطًا:

الأول: أن يكون الملك المباع مشاعًا غير مقسوم. وهذا متفق عليه.

لكن وقع الخلاف في إثبات الشفعة للجار على قولين:

القول الأول: لا شفعة له.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣]. وهو مروي عن عمر، وعثمان، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والزهري، ويحيى الأنصاري، وأبي الزناد، وربيعة، والمغيرة بن عبد الرحمن، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر[٤].

القول الثاني: إثبات الشفعة بالجوار.

وهذا مذهب أصحاب الرأي[٥]. وبه قال ابن شبرمة، والثوري، وابن أبي ليلى[٦]. واحتجوا بالأدلة التالية:

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥٧، شرح الحطاب جـ٥ ص ٣١١، الكافي جـ٢ ص ٨٥٢.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٣٥٥، روضة الطالبين جـ٥ ص ٧٢.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٣٠، الإنصاف جـ٦ ص ٢٥٥، كشاف القناع جـ٤ ص ١٣٨.

(٤) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١٢٠، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٢٢١، شرح الهداية جـ٨ ص٢٩٤.

(٦) المغني كما سبقت الإشارة.

١ ـ ما رواه أبو رافع رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بسقبه**»[١].

٢ ـ ما رواه سمرة بن جندب رضي الله عنه؛ أن النبي ﷺ قال: «**جار الدار أحق بالدار**»[٢].

٣ ـ ما رواه جابر رضي الله عنه: «**الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا**»[٣].

٤ ـ ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. والضرر حاصل بنقله إلى غيره وقد تقرر في الشريعة أنه لا ضرر ولا ضرار.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وهو عدم دخول الشفعة إلا فيما كان

---

(١) رواه البخاري رقم ٢٢٥٨ في الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها كما في الفتح جـ٤ ص ٤٣٧، وأبو داود رقم ٣٥١٦ في البيوع والإجارات باب في الشفعة.

(٢) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح انظر: الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة جـ٦ ص ١٢٩.

(٣) رواه الترمذي وقال: حديث غريب ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك مأمون عند أهل الحديث، ورواه مالك مرسلاً ورجح الطحاوي إرساله كما في نصب الراية جـ٤ ص ١٧٦ في الشفعة وخرجه أبو داود رقم ٣٥١٨ في البيوع باب في الشفعة، وصححه الشيخ الألباني مرفوعًا، انظر: صحيح أبي داود برقم ٣٠٠٤ وصحيح ابن ماجه برقم ٢٤٩٤.

مشاعًا. فلا شفعة للجار[١]. وأيد هذا الاختيار بالأدلة التالية:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»[٢].

٢ ـ قوله ﷺ: «**إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها**»[٣].

٣ ـ ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه. وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك، فيتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك، بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

وعلل الترجيح بما يلي:

١ ـ أما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة. فإن السقب: القرب. فيحتمل أنه أراد بإحسان معاملة جاره، وعيادته، ونحو ذلك. بينما خبرنا صحيح صريح؛ فيقدم.

٢ ـ أما بقية الأحاديث فيها فقال: حديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم

---

(١) راجع: العمدة ص ٢٧٦، المقنع بحاشيته جـ٢ ص ٢٥٨، الكافي جـ٢ ص ٤١٧ المغني جـ٥ ص ٢٣٠.

(٢) متفق عليه: وتقدم أول الباب ص ٤١٦ من هذا البحث.

(٣) أخرجه أبو داود رقم ٥٣١٥ في البيوع والإجارات باب في الشفعة وأخرجه مسندًا ومرسلاً ابن ماجه رقم ٢٤٩٧، والنسائي في الشفعة باب ذكر الشفعة وأحكامها جـ٧ ص٣٢١.

يسمع منه إلا حديث العقيقة[1].

وقال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه، وما عداه من الأحاديث فيها مقال[2].

على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك، فإنه جار أيضًا. ويسمى كل واحد من الزوجين جارًا. كما قال الشاعر:[3]

أجارتنا بيني فإنك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه

قال الأعشى: وتسمى الضرتان جارتين، لاشتراكهما في الزوج، وقال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي[4] - الحديث. والمعنى كنت بين ضرتين. وهما شريكتان في حياته، فسمى المشارك جارًا.

ثم قال: إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ا. هـ.

---

(١) قال هذا الخطابي في معالم السنن - مع سنن أبي داود جـ٣ ص ٧٨٧ ترتيب الدعاس. قلت: وفي نصب الراية صحح الحديث ووثق عيسى بن يونس جـ٤ ص١٧٣ في الشفعة والترمذي قال: حديث حسن صحيح. وأحسن ما يقال إن من المحتمل أن يكون المراد الجار الشريك كما في قصة أبي رافع وسعد بن أبي وقاص. أي يحمل على الشركة ولا يمنع أن يطلق عليه مجاور.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٣١.

(٣) هو الأعشى.

(٤) هكذا أورد ابن قدامة وكل من رواه: كنت بين امرأتين - انظر: سنن أبي داود رقم ٤٥٧٢ في الديات باب في دية الجنين والنسائي جـ٨ ص٢١ في القسامة، وابن ماجه في الديات حديث ٢٦٤١ باب دية الجنين.

وما دام أن الشفعة ثابتة على خلاف الأصل فيقتصر فيها على ما ورد وثبت. وقد ثبت حكمها في الشريك، ولم يرد في الجار سنة صحيحة صريحة تثبت له حق الشفعة، والأصل عدم ذلك حتى في حق الشريك لولا ما أعطاه الشرع من حق الشفعة[١].

وربما تثبت للجار بهذا الشرط وهو اتحاد الطريق أو يكون شرطًا آخر في الشركة مع أن أصل ثبوتها في الشريك كونه ملكه مشاعًا.

الشرط الثاني: كون المباع أرضًا:

ويدخل فيها تبعًا البناء والغراس وما يباع عادة مع الأرض.

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في دخول غير الأرض في حكم الشفعة على قولين:

القول الأول: تدخل الشفعة في كل شيء سواء أكان بناءً أم غراسًا منقولاً أم غير منقول أم أي شيء آخر مما هو شركة بين اثنين فأكثر.

وهذا قول مالك[٢]، في المشهور عنه، ورواية أبي الخطاب عن أحمد[٣]. وقال ابن أبي موسى عن أحمد فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان. وحجة هذا القول:

---

(١) المغني جـ٥ ص ٢٣١.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥٨، شرح الحطاب جـ٥ ص ٣١٢، وما بعدها الكافي جـ٢ ص٨٥٢.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٣٢، الإنصاف جـ٦ ص ٢٥٦، كشاف القناع جـ٤ ص١٣٨.

١ ـ عموم قوله ﷺ: «**الشفعة فيما لم يقسم**»[١].

٢ ـ ما روي عن ابن مليكة أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة في كل شيء**»[٢].

٣ ـ ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، وحصول الضرر بالشركة فيما لا يقسم أبلغ منه فيما ينقسم.

القول الثاني: لا شفعة في أرض تنقسم، ولا شفعة في غير ذلك.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]. ورواية ثانية عن مالك. وبه قال الحسن، والثوري، والأوزاعي، والعنبري، وقتادة، وربيعة وإسحاق[٦].

□ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٧]. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ قوله ﷺ: «**الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت**

---

(١) متفق عليه وتقدم ص ٤٢٠ من هذا البحث.

(٢) خرجه البيهقي مرسلاً، وقال: الصحيح الشريك شفيع في كل شيء، هذا الصواب مرسل وقد قيل: إنه مرفوع عن ابن عباس، والموصول ضعيف ـ السنن الكبرى باب لا شفعة فيما لا ينقل جـ٦ ص ١٠٩، وقال الترمذي: لا نعرف مثل هذا، وصحح المرسل جـ٦ ص١٣٤.

(٣) شرح الهداية جـ٨ ص٣٢٧، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص ٢٣٦.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٣٥٤، روضة الطالبين جـ٥ ص٦٩.

(٥)، (٦) راجع: المغني جـ٥ ص٢٣٢، الإنصاف كما سبق.

(٧) راجع: العمدة ص٢٧٦، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢٥٩، الكافي جـ٢ ص٤١٧، المغني جـ٥ ص٢٣٣.

الطرق فلا شفعة»[١].

وهذا لا يتناول إلا الأرض لأنها هي التي تنقسم بدليل: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق».

٢ـ ولأن غيرها مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة، كصبرة الطعام. وأعل حديث ابن أبي مليكة بالإرسال لعدم وروده في الكتب الموثوق بها[٢].

قلت: وهوعند الطحاوي في شرحه للآثار وعند البيهقي، ولكنه رجح إرساله وصحح الموقوف منه[٣]. وكذلك الترمذي ذكره وصحح إرساله.

ولي على احتجاج ابن قدامة اعتراض؛ وهو فهم فهمته من الحديث الذي احتج به:

١ـ فقوله ﷺ: «**الشفعة فيما لم يقسم**»: يشمل كل شيء فيه شرك. فإذا أراد أحد الشركاء البيع على أجنبي فشريكه أولى، ويدفع له نفس الثمن، ويحصل على مقصوده مع رفع الأذى عن شريكه.

٢ـ قوله ﷺ: «**فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق**» وتصريف الطريق جاء لغرض معين وهو بيان فيم تكون الشفعة التي شرعت على خلاف

(١) متفق عليه وتقدم أول الباب. ص ٤١٦ من هذا البحث.

(٢) راجع المغني كما سبق.

(٣) أما الطحاوي فذكره في شرحه للآثار في الشفعة جـ٢ ص٢٦٨، وأما الترمذي والبيهقي فأشرت إليها في هامش الصفحة السابقة ص٤٢٣.

الأصل، فبين الرسول الكريم ﷺ أنها قبل القسمة، أما بعد علم كل منهما بقسمه فلا شفعة وهذا لا ينفي وقوع الشفعة في المنقولات إلا بطريق المفهوم، وليس بحجة هنا، لأن الحديث بين أنهما إذا تقاسما ثم باع أحدهما فليس للآخر حق الشفعة فهو زيادة حكم لا يلزم منه قيد في غيره.

ثم الشفعة في غير العقار معقولة المعنى.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مما يمكن قسمته. وهذا لا خلاف فيه أما ما لا يمكن قسمته من العقار كالدور الصغيرة، والطرق الضيقة، والأفنية الضيقة ونحو ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: لا شفعة فيه.

وهذا مذهب الشافعي[1]، وأحمد[2]، ورواية عن مالك[3]، وبه قال يحيى ابن سعيد، وربيعة[4]. وحجتهم:

١ ـ قول النبي ﷺ : «**لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة**»[5]. والمنقبة: الطريق الضيق.

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٣٥٥. الروضة جـ٥ ص٦٩.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ٢٣٣، الإنصاف جـ٦ ص٢٥٠.

(٣) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص ٨٥٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص ١٥٨، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٣.

(٤) المغني كما سبقت الإشارة.

(٥) ذكره في المغني، والمجموع قال: رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل المجموع جـ١٣ ص٣٦٢.

٢ ـ وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «**لا شفعة في بئر**»[١].

٣ ـ ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر البائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة.

وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع، فيتضرر البائع فتسقط الشفعة؛ فيؤدي إثباتها إلى نفيها.

٤ ـ انتفاء المعنى الذي لأجله ثبتت الشفعة ـ وهو أن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم.

القول الثاني: تثبت فيها الشفعة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، والرواية الثانية عند مالك[٣]. وبه قال الثوري، وابن سريج[٤]. وهو مذهب أهل الظاهر[٥]. وحجتهم:

١ ـ عموم قوله ﷺ: «**الشفعة في كل شيء**»[٦] وسائر الألفاظ العامة.

٢ ـ أن الشفعة لإزالة ضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر،

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٠، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٣٦، شرح الهداية جـ٨ ص٢٣٣.

(٣) المراجع السابقة في مذهب مالك ص ٤٢٥.

(٤) المغني جـ٥ ص٢٣٣.

(٥) المحلى جـ٩ ص٨٢ و ٨٣.

(٦) سبق تخريجه وهو مرسل كما في البيهقي والموصول ضعيف جـ٦ ص١٠٩. وانظر: حاشية الصفحة ٤٢٣ من هذا البحث.

لأنه يتأبد ضرره.

وكأن ابن قدامة يميل إلى القول الأول. وذكره مرجحًا له وهو: أن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم.

وقولهم: إن الضرر ههنا أكثر لتأبده، قلنا: إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر، وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية.

وهنا في الشفعة ضرر غير موجود في محل الوفاق. وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق[1].

وقد سبق أن علقت على هذا الموضوع. وبالجملة إنني أؤيد رأي أبي حنيفة ومالك.. وأقول بالشفعة فيما لا يمكن قسمته لوجود المعنى الذي شرعت له الشفعة.

وأفهم من حديث المانعين: «**لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة**» أن المراد: الاشتراك في هذه الأشياء اشتراك منافع ومصالح فكأنه ينفي الشفعة للجيران بسبب اشتراكهم في مثل هذه المنافع.

أما رجل شريك لآخر في دكان صغير لا يمكن قسمته وأراد شريكه بيع

(١) راجع: المغني كما سبق. وذكره في المقنع والكافي كما سبقت الإشارة إلى ذلك. انظر: حاشية الصفحة ٤٢٦ والصفحة ٤٢٤.

نصيبه من شخص آخر؛ فما المانع أن نشفع شريكه في حصته ونجبره على إعطائه إياها بنفس الثمن الذي يبيعها به على شخص آخر.

ونكون بهذا دفعنا الضرر المتوقع عن الشريك وهو دخول شريك قد لا يتفق مع الشريك الأول الذي لم يبع نصيبه وربما اضطر إلى بيعه بسبب الشريك الجديد. والبائع أخذ حاجته من الثمن وهل المعنى الذي شرعت له الشفعة إلا دفع الضرر المتوقع؟

الشرط الرابع: أن يكون شقصًا بعوض منتقلاً بعوض:

فأما إن كان انتقاله بهبة بغير ثواب، أو وصية أو ميراث أو نحو ذلك مما ليس فيه عوض فلا شفعة فيه؛ لأن محل الوفاق في الشفعة ما كان بطريق البيع وما في معناه، وهذا ليس كذلك. ثم إن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته؛ فافترقا.

ويحتمل أنه يقوم ويدفع الشريك قيمة الشقص لمن انتقل الملك إليه إذا توقع حصول ضرر وإلا فلا.

وقد أجمل ابن قدامة الشروط في أربعة وبسطها في ثمانية هي:

١ـ أن يكون مبيعًا. فيخرج المنتقل بعوض غير البيع.

٢ـ أن يكون المبيع أرضًا أو عقارًا؛ فتخرج المنقولات.

٣ـ أن يكون المبيع مشاعًا فيخرج المقسوم بعد وضع الحدود وتصريف الطرق.

٤ ـ أن يكون مما تجب قسمته.

٥ ـ أن يطالب بها على الفور. وسأذكر الخلاف في ذلك والراجح إن شاء الله تعالى.

٦ ـ أن تكون مطالبته في كل الجزء المباع. فإن طلب البعض سقط حقه.

٧ ـ قدرة الشفيع على أداء الثمن.

٨ ـ أن يكون للشفيع ملك سابق للرقبة لا للمنفعة[1].

الفصل الثالث

حكم الشفعة، والمطالبة بها، أهو على الفور أم على التراخي؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: حق الشفعة على الفور. ومعنى هذا أنه إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع، وإلا بطلت.

وهذا مذهب أبي حنيفة[2]، والشافعي[3] في أحد قوليه، وأحمد[4]. وبه قال جمع من الفقهاء منهم: ابن شبرمة، والبتى، والأوزاعي، والعنبري

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة: المغني جـ٥ ص٢٣٤، ٢٣٥، والعمدة ص٢٧٦، والمقنع جـ٢ ص٢٥٨، والكافي جـ٢ ص٤١٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢١، شرح الهداية جـ٨ ص٣٠٧، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٢٤.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣، ص٣٦٧، روضة الطالبين جـ٥ ص٨٥.

(٤) المغني جـ٥ ص٢٤١، الإنصاف جـ٦ ص٢٦٠، كشاف القناع جـ٤ ص١٤٠.

وغيرهم[١].

القول الثاني: حق الشفعة على التراخي. ومعناه: أنها لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو، أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك.

وهذا مذهب مالك[٢]، والقول الثاني للشافعي، والرواية الثانية عن أحمد. لكن مالكًا قال: إذا مضى مدة يعلم أنه تارك لها فتنقطع.

وحجتهم: أن هذا من باب الخيار، ولا ضرر في تراخيه، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص. وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع.

وإن أحدث فيه عمارة من بناء أو غرس فله قيمته.

وجاء عن الشافعي تحديد مدة الخيار بثلاثة أيام؛ لأنها حد لخيار الشرط فصلحت حدًا لهذا الخيار[٣].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله أن حق الشفعة على الفور[٤]. وأيد هذا الاختيار بالأدلة التالية:

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ٢٩٨، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٦٠، الكافي جـ٢ ص٨٦٠، وحدد الأمد بسنة وعن مالك بخمس سنين إذا حلف ما سكت إلا وهو يريدها.

(٣) راجع: تكملة المجموع كما سبق ص ٤٢٩.

(٤) راجع: العمدة ص٢٧٨، المقنع مع حاشيته جـ٢ ص٢٦٠، الكافي جـ٢ ص٤١٩، المغني جـ٥ ص٢٤١.

١ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الشفعة كحل العقال**، وفي لفظ أنه قال: **الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على تاركها**»(١).

٢ ـ وروي عنه ﷺ أنه قال: «**الشفعة لمن واثبها**»(٢).

٣ ـ ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب.

٤ ـ ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ا . هـ.

ـ كما أنه لا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعبه نفسيًا وبدنيًا.

والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب.

وإثبات حق الشفعة على الفور فيه حسم للموضوع وإنهاء للنزاع بشرط أن يعلم الشريك بالبيع في مدة كافية، ويكون في مقدوره التعبير عما في نفسه وأن يصارح بصدق بالثمن الذي بيعت به.

وهذا ما يمتاز به الإسلام عن غيره . وهو تحريم الكتمان وعدم الغش ومن

---

(١) خرجه ابن ماجه رقم ٢٥٠٠ في باب طلب الشفعة، وضعفه، وقال أبو زرعة: منكر. وقال البيهقي: ليس بثابت. وضعفه الشيخ الألباني ـ ضعيف ابن ماجه ٥٤٢، الإرواء ١٥٤٢.

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير وضعفه جـ٣ ص٦٥.

الأولى للشريك أن يعرض على شريكه أولاً فإن شاء أخذ أو رفض وهذا من الأدب الرفيع والذوق السليم وحسن المعاشرة والصحبة. لكن إذا لم يعلم فهو على شفعته وما احتج به ابن قدامة لا يثبت كما ذكر ذلك محققو الأحاديث[١].

لكن إذا علم وسكت ولم يطالب أو يشهد إن كان بليل أو في مكان بعيد فهذا علامة على إسقاط الحق، ويدين إذا ادعى عدم العلم.

الفصل الرابع

حكم الحيلة لإسقاط الشفعة

صورتها: لها صور متعددة ومنها: أن يظهر المشتري والبائع أنهما تبايعا شقصًا من أرض بألف، وقيمته الحقيقية فيما بينهما أقل من ذلك.

ولا يدفع المشتري إلا ما اتفقا عليه مع إظهار أنه دفع ألفًا للبائع. وذلك تحايلاً لإسقاط الشفعة.

أو أن يظهر البائع انتقال حصته لآخر صدقة أو هبة مجردة عن العوض. وفي الأصل بينهما أنها مباعة بثمن معين، لكن لا يظهران البيع حسداً للشريك أن يشفع.

---

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة جـ٦ ص١٠٨، وتلخيص الحبير لابن حجر جـ٣ ص٦٥ في الشفعة رقم ٥. وقال: حديث «الشفعة كحل العقال»: ضعيف جداً. وقال الزيلعي: فيه ابن البيلماني ضعيف ومحمد بن الحارث أسوأ حالاً، انظر: نصب الراية في الشفعة باب طلب الشفعة جـ٤ ص١٧٧. وتقدم تضعيف الشيخ الألباني له.

وحكم الحيلة في إسقاط الشفعة عند الفقهاء مختلف فيه على قولين:

القول الأول: لا تجوز الحيلة لإسقاط الشفعة بل لا تجوز الحيلة لإسقاط حق مسلم مطلقًا.

وهذا مذهب الحنابلة[١]. وهو مروي عن أبي أيوب، وأبي خيثمة، وابن أبي شيبة، وأبي إسحاق الجوزجاني[٢]. ويأتي دليله.

القول الثاني: تجوز الحيلة لإسقاط الشفعة بجميع صورها.

وهو مذهب أبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، ولم أجد لمالك فيها شيئًا.

وحجتهم: أن الشفعة إنما يؤخذ بها في البيع الظاهر فلم يجز له الأخذ هنا كما لو لم يكن حيلة. فقاسوا ما فيه حيلة على ما لا حيلة فيه.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى مذهب الحنابلة، وهو القول بإسقاط الحيلة مطلقًا[٥]. وأيد هذا الاختيار بالأدلة التالية:

---

(١) المغني جـ٥ ص٢٦٢، الإنصاف جـ٦ ص٢٥١، كشاف القناع جـ٤ ص١٣٥.

(٢) راجع المغني كما سبق.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٤٣، شرح الهداية جـ٨ ص٣٤٢.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري جـ٢ ص٣٨٠ ط المكتبة الإسلامية وذكر صورها لكنه صرح بالكراهية فقال: الحيلة مكروهة.

(٥) راجع: المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢٥٦، ٢٥٧، الكافي جـ٢ص٤٢٦، المغني جـ٥ ص٢٦٣.

١ ـ قوله ﷺ : «**من أدخل فرسًا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار ، وإن أمن أن يسبق فهو قمار**»[١] . ووجه الاستشهاد أنه ﷺ منع من كل ما فيه حيلة .

٢ ـ قوله ﷺ في اليهود أيضًا : «**قاتل الله اليهود ، إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**»[٢] .

وجملوه : بمعنى أذابوه وجمعوا بعضه إلى بعض ثم باعوه وأكلوا ثمنه .

٣ ـ ذم الله المخادعين في قوله تعالى : ﴿**يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ**﴾[٣] . وقد مسخ الله اليهود المخادعين له قردة وخنازير .

٤ ـ قوله ﷺ : «**الخديعة في النار**»[٤] .

٥ ـ ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، وسقوطها بالحيلة يحقق الضرر ؛ فلا تسقط . ويأخذ الشفيع الشقص المنتقل بما دفعه المشتري ، فإن جهل أخذه بما يساويه مما يحكم به أهل العرف والعادة[٥] .

---

(١) رواه أبو داود رقم ٢٥٧٩ في الجهاد باب في المحلل، ورواه ابن ماجه في الجهاد . ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيحيهما .

(٢) متفق عليه، انظر : اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠١٨ في المساقاة باب تحريم الميتة .

(٣) سورة البقرة آية ٩ .

(٤) سبق تخريجه في البيوع وهو صحيح كما في البخاري تعليقًا في البيوع باب النجش .

(٥) راجع المغني كما سبقت الإشارة .

- والحقيقة أن الحيلة مخادعة، والمسلم لا يجوز له أن يخادع، وعليه أن يكون واضحًا صريحًا، وليعلم أن الحيلة إن راجت على الناس فلا تروج عند الله فهو يعلم السر وأخفى. والإسلام نظام للحياة وما بعد الحياة، وهذا ما يفرقه عن القانون الوضعي الذي لا يعتمد إلا على الظاهر. ولهذا جاء في الحديث: «**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...**»[1] الحديث.

ثم إن الخير كله فيما يختاره الله ويكون وفق شرعه وعلى نظامه، والصدق منجاة ويقدر الله ما يشاء ويختار.

* * *

(١) متفق عليه، وتقدم في الطهارة والصلاة وهو حديث مشهور.



الفصل الخامس

بيان الكيفية التي بها يأخذ الشركاء المتعددون الشقص المباع

وهذا يتصور في الأرض الواسعة التي يمكن تجزئتها إذا باع أحد الشركاء نصيبه.

وفي هذه الحال لا يخلو إما أن يكون البيع على أجنبي، وإما أن يكون على أحد الشركاء.

أ ـ فإذا باع حصته على أجنبي:

فاختلف الفقهاء في كيفية الأخذ، مع الاتفاق على ثبوت حق الشفعة لكل الشركاء على قولين:

القول الأول: إن الشقص المشفوع فيه يأخذه الشفعاء على قدر أملاكهم، ويدفع كل منهم حصته حسب ملكه.

وهذا مذهب مالك[١]، وأحد قولي الشافعي[٢]، ورواية عن أحمد اختارها أبو بكر[٣]. وبه قال الحسن، وابن سيرين، وعطاء، وسوار،

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٦١، الكافي جـ٢ ص ٨٥٩، شرح الحطاب جـ٥ ص٣٢٥.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ص ٣٨٠، روضة الطالبين جـ٥ ص١٠٠.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٢٦٩، الإنصاف جـ٦ ص٢٧٥، كشاف القناع جـ٤ ص١٤٧.

والعنبري، وإسحاق، وأبو عبيد[١].

القول الثاني: يقسم بينهم على عدد رؤوسهم.

وهذا مذهب أصحاب الرأي[٢]، والقول الثاني للشافعي[٣]، والرواية الثانية عن أحمد واختارها ابن عقيل[٤]. وبه قال النخعي، والشعبي، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري[٥].

وحجتهم: أن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث، وكالمعتقين في سراية العتق.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٦]. واحتج:

بأن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملاك كالغلة.

وعلل الترجيح بما يلي:

(١) راجع المغني جـ٥ ص ٢٧٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢١، شرح الهداية جـ٨ ص٣٠٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢١٩.

(٣) المراجع السابقة في مذهب الشافعي.

(٤) المراجع السابقة في مذهب أحمد، وبخاصة المغني والإنصاف.

(٥) راجع المغني كما سبق.

(٦) راجع: المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢٦٣، والكافي جـ٢ ص٤٢٣، والمغني جـ٥ ص٢٧٠.

١ ـ دليل القائلين بالمساواة بينهم منتقض بالابن والأب أو الجد، وبالجد مع الإخوة، وبالفرسان مع الرجالة في الغنيمة، وبأصحاب الديون، والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهما أو الثلث عن وصية أحدهم.

٢ ـ مفارقة هذا للأعيان؛ لأنه إتلاف، والإتلاف يستوي فيه القليل والكثير.

٣ ـ أما البنون فإنهم تساووا في التسبب وهو البنوة فتساووا في الإرث بها بخلاف مسألتنا.

ولعل رأي ابن قدامة هو الصواب إن شاء الله.

ب ـ إذا كان المشتري أحد الشركاء:

فاختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يأخذ الشفيع بقدر نصيبه، ويثبت للمشتري الباقي.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: لا شفعة لأحد الشركاء على الآخر.

وهذا مذهب الحسن، والشعبي، والبتي[٤].

لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢١، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٢٢.
(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٣٨٠.
(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٢٧١، الإنصاف جـ٦ ص٢٧٧، كشاف القناع جـ٤ ص١٤٩.
(٤) المغني لابن قدامة جـ٥ ص٢٧١.

شرائه .

القول الثالث: الشفعة تثبت كلها لغير المشتري ولا شيء له فيها .

لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه .

وهذا القول حكاه ابن الصباغ عمن سبق ذكرهم في القول الثاني[١] .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الأول[٢] ؛ وهو تشفيع كل من المشتري وشريكه الآخر دون البائع .

وعلل لاختياره: بأنهما تساويا في الشركة ، فتساويا في الشفعة ، كما لو اشترى أجنبي ، بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع .

* * *

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٥ ص٢٧١ .

(٢) راجع : المغني كما سبقت الإشارة ، المقنع جـ٢ ص ٢٦٤ ، الكافي جـ٢ ص٤٢٤ .

الفصل السادس

حكم إرث حق الشفعة

اختلف الفقهاء في إرث حق الشفعة إذا مات من له هذا الحق على قولين:

القـــول الأول: لا يـورث حق الشفعة إلا إذا طالب به ثم مات قبل أخذه.

وهذا مذهب أصحاب الرأي[١]، وجمهور الحنابلة[٢]. وبه قال الحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، والثوري، وإسحاق[٣]، وتأتي أدلته في بيان اختيار الموفق.

القول الثاني: حق الشفعة يورث عن الميت ما لم يسقطه قبل موته.

وهذا مذهب مالك[٤]، والشافعي[٥]، وأبي الخطاب من الحنابلة[٦].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٣، شرح الهداية جـ٨ ص٣٣٩، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٤١.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٢٧٩، الإنصاف جـ٦ ص٢٩٧، كشاف القناع جـ٤ ص١٤٢.

(٣) المغني كما سبقت الإشارة.

(٤) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٩، الكافي جـ٢ ص٨٦٤، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٥٨.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣، ص٣٩٧، روضة الطالبين جـ٥ ص١١٤.

(٦) نقله في المغني جـ٥ ص٢٧٩.

وحجة هؤلاء: أن حق الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول بسقوط حق الشفعة بالموت ما لم يكن قد طالب به، فإن طالب به فيورث[1]. وحجته على سقوط حق الشفعة بالموت:

١ - أنه حق فسخ ثبت، لا لفوات جزء فلم يورث، كالرجوع في الهبة.

٢ - ولأنه نوع خيار جعل للتمليك، أشبه خيار القبول.

ولم يذكر للاحتجاج نصًا، ولعل ذلك راجع إلى ضعف الحديث الذي ورد في ذلك[2].

ورد على أهل القول الثاني: بأن خيار الرد بالعيب يختلف عن حق الشفعة؛ فإنه شرع لاستدراك جزء فات من المبيع.

رأي: حق الشفعة ثابت للمورث أشبه ما لو كان له دين على شخص ما؛ فإنه يورث عنه ويوزع على ورثته حسب إرثهم منه، فما الدليل على إسقاطه؟ والأصل في الحقوق ثبوتها حتى يقوم ما يسقطها، والموت ليس مسقطًا لحق

---

(١) المغني جـ٥ ص٢٧٩، المقنع جـ٢ ص٢٧٠، الكافي جـ٢ ص٤٣٣.

(٢) انظر: البيهقي في السنن الكبرى في الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة جـ٦ ص١٠٨.

مالي، فحقوق الآدميين لا تسقط إلا بإسقاط أو إبراء للذمة بتسليمها إلى ذويها. ولم يثبت دليل على نفي إرث حق الشفعة، والله أعلم.

وقد يكون ورثة الميت أحوج للأخذ بالشفعة من مورثهم - هذا إذا لم يسقط هو حقه أو ظهر منه ما يدل على ذلك.

* * *



الفصل السابع

حكم شفعة الكافر على المسلم

لا خلاف بين العلماء أن الكافر إذا كان له شريك مسلم فباع الكافر نصيبه من الشركة فللمسلم حق الشفعة بدون خلاف.

واختلف الفقهاء إذا كان العكس؛ فكان البائع هو المسلم على مسلم آخر فهل يثبت حق الشفعة للكافر على المسلم؟ على قولين:

القول الأول: ليس للكافر على المسلم حق الشفعة.

وهذا مذهب الحنابلة[١]. وهو مروي عن الحسن والشعبي[٢].

القول الثاني: أن له الشفعة عليه.

وهذا مذهب مالك[٣]، والشافعي[٤]، وأصحاب الرأي[٥]. وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز، والنخعي، وإياس بن معاوية، وحماد بن أبي سليمان، والثوري[٦]. وحجتهم:

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٨٨، الإنصاف جـ٦ ص٣١٢، كشاف القناع جـ٤ ص١٦٤.

(٢) المغني كما سبق.

(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٥٧، شرح الحطاب جـ٥ ص٣١٠، الكافي جـ٢ ص٨٥٦.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٣٦٥.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٢٤، شرح الهداية جـ٨ ص٣٢٨.

(٦) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

١ ـ عموم قوله ﷺ : «**لا يحل له ـ يعني الشريك ـ أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به**»[1] .

٢ ـ ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول، وأن لا شفعة لكافر على مسلم[2] .

وأيد هذا الاختيار بما يلي :

١ ـ ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : «**لا شفعة لنصراني**»[3] .

وهذا يخص عموم ما احتجوا به .

٢ ـ ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة .

٣ ـ ولأنه معنى يختص العقار ـ على رأي ابن قدامة ـ فأشبه الاستعلاء في البنيان .

٤ ـ أن الأصل في معنى الشفعة دفع الضرر عن المسلم ؛ رعاية لحقه وحقه أرجح، وهو معنى لا يوجد في الذمي، والشفعة ثابتة على خلاف الأصل .

---

(١) رواه مسلم بألفاظ قريبة من هذا رقم ١٦٠٨ في المساقاة باب الشفعة .

(٢) راجع : المغني جـ٥ ص ٢٨٨ ، الكافي جـ٢ ص٤٣٥ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢٧٥ .

(٣) خرجه البيهقي وضعفه . راجع : السنن الكبرى جـ٦ ص١٠٨ ، في الشفعة باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة .

فتبقى في حق الذمي على الأصل؛ أي عدم صحة الشفعة، ومضي البيع كما لو لم يكن هناك حق شفعة.

رأي:

قلت وأحاديث الشفعة عامة، ولا يقوم حديث أنس للتخصيص لضعفه، وما دمنا أجزنا مشاركة الكتابي فلماذا لا يدخل تحت عموم النصوص في جواز الشفعة.

لكن ينبغي ملاحظة المصلحة العامة، فإذا كان الهدف توسع اليهود والنصارى والاستطالة على المسلم؛ فهذا ممنوع.

واليوم للأسف أصحاب الأملاك والعقار هم اليهود والنصارى حتى في كثير من بلاد المسلمين.

فقول ابن قدامة مناسب للفتوى في هذا الزمن حتى يغير الله حال المسلمين إلى أحسن، وتكون السلطة بيدهم، وغيرهم تابعًا لهم كما كان عليه الحال، ولعل قوله تعالى: ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** ﴾ يؤيد ذلك، والله أعلم.

* * *



الباب الخامس عشر

المساقاة ، والمزارعة



الباب الخامس عشر
المساقاة، والمزارعة

وفيه فصلان:

الفصل الأول
المساقاة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول
تعريفها، وبيان الأصل فيها

أ ـ تعريفها:

١ ـ **التعريف اللغوي**: من سقيت الزرع سقيًا فأنا ساق وهو مسقيٌّ، على مفعول، ويقال للقناة الصغيرة: ساقية لأنها تسقي الأرض، وأسقيته بالألف، لغة. وقال البعض: سقيته إذا كان بيدك، وأسقيته بالألف إذا جعلت له سِقْيًا، وفي دعائه ﷺ: «**اللهم سُقيا رحمة ولا سُقيا عذاب**»[1].

---

(١) المصباح المنير جـ١ ص ٢٨١ مادة. سقيت، وانظر كذلك: المختار من صحاح اللغة ص٢٤٢ في مادة (س ق ي).

٢ ـ التعريف الشرعي:

عرفها ابن قدامة في المغني بأنها : أن يدفع الرجل، شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره[(١)] .

ب ـ الأصل فيها: السنة، والإجماع:

أ ـ السنة:

ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[(٢)] .

ب ـ الإجماع:

وقد نقله ابن قدامة عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ـ وهو النصف ـ ثم أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث، والربع».

وهذا عمل به الخلفاء الراشدون واشتهر عنهم ولم ينكره منكر فكان إجماعًا[(٣)] .

قلت: ولعل المراد إجماع الصحابة لوقوع الخلاف من أبي حنيفة في جواز المساقاة . كما سيأتي وعمل الصحابة مقدم على غيره.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٩٠.

(٢) متفق عليه: البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضًا فمات أحدهما، وفي المزارعة، باب المزارعة مع اليهود، وفي أبواب أخرى، ومسلم رقم ١٥٥١ في أول كتاب المساقاة، واللفظ له.

(٣) راجع: المغني لابن قدامة جـ٥ ص٢٩٠.

المبحث الثاني

بيان حكم المساقاة وما تجوز فيه

بالرجوع إلى تعريف المساقاة نجد أنها تجوز في سقي الأشجار فقط، ولأن غيرها يأخذ اسمًا آخر، وهذا لا خلاف فيه، وقد وقع اختلاف الفقهاء في موضعين:

الأول: حكم جواز المساقاة. ولهم قولان:

الأول: جوازها على اختلاف بينهم في نوع الشجر الذي تجوز فيه كما سيأتي لاحقًا.

وهذا رأي جماهير الفقهاء ومنهم صاحبا أبي حنيفة[1]. ودليلهم: السنة، والإجماع كما سبق.

الثاني: منع جوازها.

وهذا رأي أبي حنيفة، وزفر[2].

واحتجا: بأنها إجارة بثمرة لم تخلق، أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه، وحملوا معاملة أهل خيبر على أنهم مثل الأرقاء. وسنناقش دليل القول عند الموضع الثاني لاتصال المبحث.

الموضع الثاني: واختلف المجيزون لها في أي الأشجار تجوز، وفي أيها لا

---

(١) راجع في فقه المالكية: شرح الحطاب جـ٥ ص٣٧٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٧٨، وفي فقه الشافعية: المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص ٤٥٣، والحنابلة: المغني جـ٥ ص٢٩١، الإنصاف جـ٥ ص ٤٦٦، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٧، شرح الهداية جـ٨ ص٣٩٩، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٨٦.

تجوز؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جوازها في جميع الأشجار المثمرة.

وهذا مذهب مالك[١]، وصاحبي أبي حنيفة ـ محمد وأبي يوسف[٢]، وأحمد بن حنبل[٣]. وهو مروي عن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم. وبه قال: سعيد بن المسيب، وسالم، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور[٤].

القول الثاني: تجوز في النخيل والعنب فحسب.

وهذا مذهب الشافعي[٥]، وأشهر قوليه حصر الجواز في النخيل.

وحجته: أن الزكاة تدخل النخيل والعنب من الأشجار ولا تدخل فيما سواها.

القول الثالث: تجوز في النخيل وفي كل شجر له ساق إذا كان الشجر موجودًا.

وهذا مذهب أهل الظاهر[٦]. وحجتهم: الإطلاق في معاملة

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٧٨، شرح الحطاب جـ٥ ص٣٧٢، الكافي جـ٢ ص٧٦٦، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٧٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٧، شرح الهداية جـ٨ ص٤٠١، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٨٨.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٢٩١، الإنصاف جـ٥ ص ٤٦٦، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٢.

(٤) راجع المغني كما سبق.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٥٢.

(٦) المحلى لابن حزم جـ٨ ص٢٢٩، واشتد ـ غفر الله له ـ في الرد على مخالفيه.

أهل خيبر.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول بجوازها، وفي جميع الأشجار المثمرة[١]. واحتج كما تقدم بالسنة الثابتة والإجماع. قال: ولا يجوز التعويل على ما خالفها. ولدعاء الحاجة إلى ذلك، فلربما لا يوجد النخل في بعض البلاد مع كثرة الأشجار الأخرى.

ثم رد على الشافعي والظاهرية بما يلي:

١ ـ بأن الخبر الوارد عام وفيه: عامل رسول ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها، من زرع أو ثمر. وهذا عام. وفي لفظ: عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخيل، والشجر. ثم لا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل. وهويثمر كل عام أشبه النخيل والعنب.

٢ ـ ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة، ولا أثر له فيها. وإنما العلة ما ذكرناه[٢].

قلت: وأي مانع يمنع منها لو لم يكن فيها سنة ولم ينه عنها، فهذا من باب المعاملات، والأصل جوازها، كيف وقد قام الدليل على جوازها، وما دام الجواز دخل البعض بالنص فيدخل البقية على سبيل القياس.

ولا حجة لأبي حنيفة أن أهل خيبر كانوا عبيداً للرسول ﷺ، ولو كان

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٩١.

(٢) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

ذلك صحيحًا لأثر ولم ينقل؛ بل الذي نقل أنها قسمت في عهد عمر وأجلى اليهود عنها، فلو كانوا أرقاء لدخلوا في القسمة، ولم يحصل.

المبحث الثالث

بيان من أي أنواع العقود تكون المساقاة؛ من حيث اللزوم وعدمه

اختلف الفقهاء في عقد المساقاة من حيث اللزوم والجواز على قولين:

القول الأول: إنها من العقود الجائزة. فلكل واحد منهما فسخها متى شاء.

وهذا مذهب بعض الحنابلة ـ وقد أومأ إليه أحمد في رواية الأثرم[1].

القول الثاني: عقد المساقاة عقد لازم.

وهذا مذهب أكثر الفقهاء[2]. وحجتهم:

١ ـ لأنه عقد معاوضة، فكان لازمًا، كالإجارة.

٢ ـ ولأنه لو كان جائزًا جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق المال، فيستضر. ومعنى أدركت: أي نضجت واستوى أكلها.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٩٩، الإنصاف جـ٥ ص٤٧٢، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٧.

(٢) راجع في مذهب مالك: بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨٣، وقال: المساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل. وانظر: جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٢. وفي الشافعي: المهذب مع المجموع جـ١٣ ص٤٥٨.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ـ وأن المساقاة عقد جائز ـ[1] وأيد اختياره بالأدلة التالية:

١ ـ ما رواه مسلم بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر، على أن يعملوها، ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فقال رسول الله ﷺ: «**نقركم على ذلك ما نشاء**»[2].

ووجه الاستشهاد: أن المساقاة لو كانت عقداً لازمًا لم تجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم.

٢ ـ أنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه قدر لأهل خيبر مدة معينة، ولو قدر لم يترك نقله؛ لأن هذا مما يحتاج إليه: فلا يجوز الإخلال بنقله. وقد أجلاهم عمر عنها ولو كان لهم مدة لانتظر حتى تنتهي مدتهم.

قلت: وفي الصحيح كما تقدم: «**نقركم بها على ذلك ما شئنا**»[3].

٣ ـ ولأن عقد المساقاة على جزء من نماء المال، فكان جائزاً كالمضاربة.

ورد احتجاج القول الثاني معللاً بذلك ترجيحه القول الأول فقال:

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٢٩٩، ٣٠٠، المقنع جـ٢ ص١٨٨، الكافي جـ٢ ص٣٠٠.

(٢) صحيح مسلم رقم الحديث ١٥٥١ في المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ورقمه في الباب (٤) جـ٣ ص١١٨٧.

(٣) رواه مسلم كما سبق برقم ٦ ص ١١٨٧، ١١٨٨.

١ ـ لا نسلم أن عقد المساقاة مثل عقد الإجارة لأمرين :

أحدهما : الإجارة بيع ولذا كانت لازمة كبيع الأعيان .

ثانيهما : أن عوضها مقدر معين معلوم . وقياسهم ينتقض بالمضاربة ، وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة ؛ فقياسها عليها أولى .

٢ ـ قولهم : إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة .

قلنا : إذا ظهرت الثمرة ، فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره ، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح . فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ، ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ، ولأنه عقد جائز ، فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة .

والقول بجواز عقد المساقاة لا يضيع حق أحد من العامل وصاحب الشجر . فإذا فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه ، وعلى العامل تمام العمل ، كما يلزم المضارب ببيع العروض ، إذا فسخت المضاربة بعد ظهورالربح .

وإن فسخ أحدهما قبل ظهور الثمرة فلا يخلو إما أن يكون الذي فسخ هو العامل ؛ فلا شيء له ، لأنه رضي بإسقاط حقه . كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح . ويحتمل أن تقدر له أجرة مثله إذا ظهر له عذر في الترك ، ولو على سبيل الترضية والخلق الحسن .

وإما أن يكون الذي فسخ رب المال ، فعليه للعامل أجرة المثل ؛ لأنه منعه

إتمام عمله الذي يستحق به العوض[١].

والذي أميل إليه أنها عقد لازم. وحديث أهل خيبر خاص لا يقاس عليه إلا من حيث كونه دليلاً لجواز المساقاة، لأن الرسول ﷺ يعلم أنه لا يجتمع في جزيرة العرب دينان، وأنهم سوف يجلون عن الأرض فلم يحدد لهم مدة معلومة. ثم إن الثمرة تنتهي كل عام، فكأن قوله: «**ما شئنا**» أي من الأعوام. لا أنهم يجلون قبل الجذاذ من العام الذي يراد جلاؤهم فيه. والله أعلم.

المبحث الرابع

بيان من يكون القول قوله عند الاختلاف في المساقاة

١ - العامل أمين فالقول قوله فيما يدعيه من هلاك، وما يدعى عليه من خيانة، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب. فإن اتهم حلف.

وإذا ثبت خيانته ببينة أو إقرار؛ فلصاحب العمل أن يقيم من يشرف على عمله، فإن لم يكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عليه.

أو إبعاده عن العمل إذا لم تكن ظهرت الثمرة، ويدفع له أجرة مثله.

وإن كانت الخيانة إنما تتصور إذا ظهرت الثمرة، ولا يجوز له الفسخ حينئذ لكن يمكن استئجار من يقوم بالعمل على حسابه.

٢ - وأما إن اختلفا في الجزء المشروط للعامل أو فيما تناولته المساقاة.

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٥ ص٣٠٠.

القول الأول: القول قول المالك مع يمينه.

وهذا مذهب أحمد[١].

القول الثاني: القول قول العامل مع يمينه.

وهذا مذهب مالك[٢].

لأنه أقوى سببًا لتسلمه للبستان، وللعمل.

القول الثالث: يتحالفان. وهذا مذهب الشافعي[٣].

وليس لأبي حنيفة قول لأنه يمنع المساقاة من أصلها.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو أن القول قول رب المال مع يمينه[٤]. وأيده: بأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل، فيكون القول قوله؛ للحديث الشريف: «**البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه**»[٥].

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٠٣، الإنصاف جـ٥ ص٤٧٩.

(٢) الكافي جـ٢ ص٧٦٨، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٨٠، ٢٨١، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٢، وشرح الحطاب جـ٥ ص٣٨٨.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٦٦.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣٠٤، الكافي جـ٢ ص٣٠٢.

(٥) صحيح، أخرجه مسلم رقم ١٧١١ بلفظ: «**ولكن اليمين على المدعى عليه**»، والشافعي في الدعاوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

وإذا كان مع أحدهما بينة عمل بها. بل بكل حال، وهذا قبل اليمين.

ومع وجود البينة لا خلاف في الموضوع. لكن إذا لم توجد البينة فإنني أميل إلى قول ابن قدامة؛ لأن العامل كثيراً ما يدعي الزيادة لأنه قد يرى أن صاحب المال ظلمه، وإن عمله كثير لا يساوي نصيبه المشروط له فيدعي الزيادة، واليمين مع قبول قول رب المال فالعامل متهم هنا.

وهذا في مقابل قبول قول العامل فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة. إذا لم يثبت تعديه أو تفريطه.

فقد جعلنا لكل واحد ميزة يمتاز بها عن صاحبه.

والأولى عدم دخول العامل في عمل إلا بعقد، وخصوصًا أن هذا عقد على ثمرة تطول مدتها، فلماذا يفرط العامل في حق له ـ وهو كتابة عقد للاستيثاق وقطع النزاع؟

* * *

الفصل الثاني

المزارعة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

تعريفها وبيان حكمها

أ ـ تعريفها:

١ ـ التعريف اللغوي:

زرع كمنع: طرح البذر كازدرع.

والمزارعة: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من مالكها[١].

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفها ابن قدامة بأنها: دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما[٢]. وفي الكافي قال: بجزء من الزرع[٣].

---

(١) القاموس المحيط فصل الزاي باب العين جـ٣ ص٣٥.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣٠٩.

(٣) راجع: الكافي جـ٢ ص٣٠٨. وانظر: العمدة ص٢٥٨، والمقنع جـ٢ ص١٩١.

وقال في الكشاف: هي دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو دفع حب مزروع ينهى بالعمل لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل[١].

ب ـ حكمها:

اختلف الفقهاء في جوازها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جوازها مطلقًا.

وهذا مذهب أحمد[٢]. وهو مروي عن جمع من الصحابة والتابعين، وعليه أكثر الفقهاء، ومنهم: سعيد بن المسيب، وطاوس، وعبد الرحمن بن الأسود، وموسى بن طلحة، والزهري، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وابنه، وأبو يوسف، ومحمد، والحسن، وعبد الرحمن بن يزيد[٣].

القول الثاني: المنع مطلقًا.

وهذا مذهب مالك[٤]، وأبي حنيفة[٥]، وهو منقول عن عكرمة، ومجاهد، والنخعي[٦].

القول الثالث: تجوز في الأرض بين النخيل أي مع المساقاة؛ بشرط أن

---

(١) كشاف القناع جـ٣ ص ٥٣٢.
(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣٠٩، الإنصاف جـ٥ ص٤٨١، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٢.
(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٣٠٩.
(٤) الكافي جـ٢ ص٧٥٩، المدونة جـ٤ ص٥٥٢.
(٥) مختصر الطحاوي ص ١٣٣، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٧٥، شرح الهداية جـ٨ ص٣٨٤.
(٦) المغني الصفحة السابقة.

يكون البياض الذي بين النخيل أقل، فإن كان أكثر فعلى وجهين. وأما في الأرض البيضاء فممنوعة.

وهذا مذهب الشافعي[١].

أدلة المانعين:

١ ـ حديث رافع بن خديج قال: كنا على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع قال: قلنا: وما ذاك؟

قال: قال رسول الله ﷺ: «**من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها أخاه**»[٢].

٢ ـ ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «ما كنا نرى بالخِبْرِ بأسًا حتى كان عام أول فزعم رافع بن خديج أن نبي الله ﷺ نهى عنه»[٣].

٣ ـ قول جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض»[٤].

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٧٢، روضة الطالبين جـ٥ ص١٧٠.

(٢) متفق عليه: البخاري في المزارعة، باب ما كان أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمرة، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض جـ٣ ص ١١٧٦ و ١١٧٨.

(٣) رواه مسلم رقم ١٥٤٧ في البيوع باب كراء الأرض، والخبر بمعنى المخابرة، وهي كراء الأرض بجزء مما يخرج منها، والبذر من العامل. أما في المزارعة فالبذر من المالك.

(٤) رواه مسلم في البيوع، باب كراء الأرض برقم خاص لباب البيوع ٩٩.

قالوا: فهذه أحاديث صحاح متفق عليها في منع المزارعة.

٤ ـ وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة قلت: وما المخابرة؟ قال: «**أن يأخذ الأرض بنصف،أو ثلث، أو ربع**»[١].

وفي هذا تفسير للمخابرة وهي نفس المزارعة. إلا أن هناك فروقًا يسيرة من حيث كون البذر من صاحب العمل فتسمى مزارعة، أو من العامل فتكون مخابرة.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ جواز المزارعة بتعريفها الذي سبق[٢].

وأيد هذا الاختيار بالدليل الثابت. والرد على استدلال المخالفين على الوجه التالي:

أ ـ الأدلة على جواز المزارعة:

١ ـ ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر»[٣]. وهذا مروي عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله.

---

(١) رواه أبو داود رقم ٤٣٠٧ في البيوع والإجارات، باب في المخابرة جـ٣ ص ٦٩٥ ترتيب الدعاس.

(٢) راجع: العمدة ص٢٥٨، المقنع جـ٢ ص ١٩١، الكافي جـ٢ ص٣٠٧، المغني جـ٥ ص٣١٠.

(٣) متفق عليه، وتقدم في أول المساقاة.

٢ ـ ما رواه أبو جعفر: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، ثم عمر، وعثمان، وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث، والربع، وهذا أمر صحيح، مشهور، عمل به رسول الله ﷺ حتى مات، ثم خلفاؤه الراشدون، حتى ماتوا، ثم أهلوهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به.

وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده. فروى البخاري عن ابن عمر: أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، فكان يعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسقًا تمرًا وعشرون وسقًا شعيرًا، فقسم عمر خيبر، فخير أزواج النبي ﷺ أن يُقطع لهن من الأرض والماء. أو يمضي لهن الأوسق. فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من اختار الأوسق. فكانت عائشة اختارت الأرض[1].

قال ابن قدامة: ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ؛ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ.

ب ـ ثم رد ما احتجوا به معللاً بذلك لترجيح ما رجح فقال:

١ ـ أما حديث رافع بن خديج فالجواب عنه من أربعة وجوه:

أحدها: أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده، فإنه قال: كنا من أكثر الأنصار حقلاً. فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك. فأما بالذهب،

(١) متفق عليه: رواه البخاري في الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه رقم ٢٣٢٨ كما في الفتح جـ٥ ص١٠، ومسلم في المساقاة حديث ٥٢، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر.

والورق فلم ينهنا[١]. وفي لفظ: فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس.

والمزارعة بهذا المعنى خارجة عن محل النزاع؛ فلا دليل فيما رواه رافع بهذا التفسير على النهي عن المزارعة. ولا تعارض بين الحديثين؛ لأنه وزع الحكم على وقوع العمل.

ثانيها: أن خبره ورد في الكراء بثلث، أو ربع، والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلاً.

وحديثه الذي في المزارعة يحمل على الكراء أيضًا، لأن القصة واحدة، رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر.

ثالثها: أن أحاديث رافع مضطربة جدًا، مختلفة اختلافًا كثيرًا يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا؟

قال الإمام أحمد: حديث رافع كثير الألوان. وقال أيضًا: حديث رافع ضروب[٢]. وقال ابن المنذر: قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك. ومنها ما ذكره زيد بن ثابت قال: أنا أعلم بذلك منه وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال: «**إن كان هذا شأنكم فلا تكروا**

(١) البخاري في الحرث و المزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة رقم ٢٣٤٦، ٢٣٤٧ كما في الفتح جـ٥ ص٢٥ سلفية، ومسلم رقم ١٥٤٧ في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق جـ٣ ص١١٨٣.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي على أبي داود جـ٣ ص٦٨٣ ترتيب الدعاس. وذكر أن ابن خزيمة صنف رسالة خاصة بجواز المزارعة، وذكر علل الأحاديث التي منعتها ومنها حديث رافع. قلت: في حديث رافع اختلاف؛ فمرة يقول: سمعت رسول الله ﷺ، ومرة يقول: حدثني عمومتي.

المزارع»[١]. وكذلك ورد عن ابن عباس أن النبي ﷺ لم ينه عن المخابرة، ولكنه قال: «**أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجًا معلومًا**»، وهذا من باب المواساة، ومحاباة الإخوان، ولا تعارض المزارعة.

ثم أحاديث رافع مصادمة لإجماع الصحابة، وفيها اضطراب؛ فمرة يحدث عن بعض عمومته، ومرة عن سماعه، ومرة عن ظهير بن رافع.

وما كان هذا حاله وجب اضطراحه والعمل بما ثبت دون اضطراب.

الجواب الرابع: لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله، وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ. لأنه لابد من نسخ أحد الخبرين. ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لأنه معمول به ومشتهر إلى حين موته ﷺ وعمل به من بعده الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم[٢].

وبهذا يرد على الشافعية الذين فرقوا بين الأرض التي بين النخيل والبيضاء، فلا هم أجازوا مع المجيزين، ولا نهوا مع الناهين، بل اتخذوا قولاً وسطًا بدون دليل. بل الدليل عام لا يمكن تخصيصه بدون مخصص كما أن الترجيح بدون مرجح ممنوع. وما صح في البعض صح في الكل. ولهذا ذهب النووي رحمه الله إلى جواز المزارعة والمخابرة وتأول أحاديث المنع على معاملة خاصة فيها غرر[٣].

وقد ثبت حكم المزارعة بحمد الله. قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع علي، وسعد، وابن مسعود، وعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهم أجمعين.

---

(١) خرجه أبو داود رقم ٣٣٩٠ في البيوع والإجارات، باب في المزارعة.
(٢) راجع: المغني جـ٥ ص ٣١٠، ٣١١.
(٣) روضة الطالبين جـ٥ ص١٦٨.

المبحث الثاني

على من يكون البذر في المزارعة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا تصح المزارعة إلا إذا كان البذر من مالك الأرض، والعمل من العامل.

وهذا مذهب الشافعي[1]، وظاهر مذهب أحمد[2] واختيار عامة أصحابه. وهو مذهب ابن سيرين، وإسحاق[3].

وحجتهم: لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه. فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة. وإذاً فدليلهم قياس لا نص.

القول الثاني: يجوز أن يكون البذر من العامل.

وهذه رواية في مذهب أحمد[4]، وأبي يوسف، ومحمد[5]. وهو مروي عن عمر، وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، وابن عمر رضي الله عنهم أجمعين[6].

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٧٣.
(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٣، الإنصاف جـ٥ ص٤٨٣، كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٣.
(٣) راجع المغني كما سبقت الإشارة.
(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣١١.
(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٣، شرح الهداية جـ٨ ص٣٨٧، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٧٥.
(٦) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

وبه قال طائفة من أهل الحديث.

وحجة هذا القول: أن النبي ﷺ دفع خيبر على هذا النحو. فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. ولم يثبت أنه دفعه لهم ﷺ، ولا ذكر أنه يجب على أحد بعينه.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني، وهو صحة المزارعة بدون اشتراط أن يكون البذر من مالك الأرض، أو من العامل[1]. قال: وهو الصحيح إن شاء الله. وأيد هذا الاختيار بما يلي:

١ ـ قول ابن عمر رضي الله عنهما: دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها، من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرتها.

وفي لفظ: على أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها[2].

ووجه الاستشهاد: أنه جعل عملها من أموالهم، وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئًا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر.

٢ ـ ما رواه البخاري عن عمر رضي الله عنه أنه عمل بالأمرين، فقد روى أنه عامل الناس على أنه: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص ٣١٤، العمدة ص٢٥٨، المقنع جـ٢ ص١٩٢، ١٩٣، الكافي جـ٢ ص٣٠٨.

(٢) رواه البخاري في الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، كما في الفتح جـ٥ ص١٠.

بالبذر فلهم كذا[١].

وقد اشتهر من غير مخالف فكان إجماعًا بينهم.

وعلل الترجيح فقال: وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع بين الصحابة، فكيف يعمل به؟

ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان، وبدن صاحب أحدهما[٢].

ولعل التفريق راجع إلى لفظ المخابرة والمزارعة كما تقدم، غير أن ما جاء عن عمر رضي الله عنه يدل على جوازها بكل حال. كل ما في الأمر أن النسبة تختلف.

المبحث الثالث

بيان إجمالي للشروط الصحيحة والفاسدة

في المساقاة والمزارعة

الغالب في تعيين نصيب العامل وصاحب الملك أنهما شريكان فيما يحصل من ثمرة أو زرع، على النصف.

لكن لو شرطا لأحدهما ربع الإنتاج أو ثلثه أو أي نسبة معلومة المقدار مجهولة الكم جاز.

وإن شرطا شيئًا معينًا لأحدهما كأرادب حنطة أو شيئًا معلومًا من التمور، أو أن لواحد ثمرة أشجار معينة والباقي للآخر، أو للمالك ما نبت على الجداول مثلاً - فهي شروط فاسدة. وهي التي كانوا في الجاهلية وصدر من الإسلام يتعاملون بها، ثم منعها الشارع لما فيها من الغرر وما يفضي إلى المنازعة.

---

(١) رواه البخاري كما سبق رقم ٢٣٢٨ وتقدم قريبًا.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٤.

ويجب حينئذ أجرة المثل وما نتج فهو لرب الأرض، إلا أن يعودا عن شرطهما ويشترطا جزءاً معلومًا كالنصف والربع من الإنتاج كائنًا ما كان، ومن جميع الثمرة والزرع.

وكذلك يفسد من الشروط كل ما يعود بجهالة إلى نصيب كل واحد منهما.

وما شرط من الشروط على العامل التي من شأنها إصلاح الشجر والثمرة، أو على المالك كتأمين ما يلزم من رافعات للماء ونحو ذلك مما تعارف الناس عليه ويقره الشرع فلا بأس به.

المبحث الرابع

في إجارة الأرض

ولا تخلو الأجرة حينئذ من أن تكون نقدًا أو طعامًا كحنطة أو شعير أو ذرة أو نحو ذلك.

أ ـ فإن كانت أجرتها نقدًا فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز كراء الأرض بالنقود.

وهذا مذهب الأئمة الأربعة مالك[1]، وأبي حنيفة[2]، والشافعي[3]، وأحمد[4]. وبه قال من الصحابة رضوان الله عليهم ابن عمر،

(١) المدونة جـ٤ ص٥٤٤، الكافي جـ٢ ص٧٥٩، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٣، شرح الهداية جـ٨ ص٢٤، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٩.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٧٢.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٨، ٣١٩، الإنصاف جـ٥ ص٤٨٢، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٤.

وابن عباس، ورافع بن خديج وغيرهم. وهو قول أكثر أهل العلم ومنهم سعيد بن المسيب، وعروة، والقاسم، وسالم، وعبد الله بن الحارث، والليث، وإسحاق، وأبو ثور[(١)].

القول الثاني: عدم الجواز. وعبروا عنه بالكراهة.

وهو مروي عن الحسن، وطاوس[(٢)].

واحتجا بحديث رافع: «أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع»[(٣)].

❏ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[(٤)]، وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ حديث رافع وفيه: «أما بالذهب، والورق فلم ينهنا»[(٥)].

٢ ـ قوله ﷺ: «**أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس**»[(٦)].

٣ ـ ما رواه حنظلة بن قيس: أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض، قال: فقلت: بالذهب والفضة؟ قال: إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها، أما بالذهب والفضة فلا بأس»[(٧)].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة كما سبق.

(٢) راجع: المغني لابن قدامة جـ٥ ص٣١٨.

(٣) تقدم تخريجه ص٤٦٥.

(٤) المغني جـ٥ ص٣١٨.

(٥) متفق عليه، وتقدم انظر ص٤٦٥.

(٦) رواه مسلم رقم ٥٤٧ في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق جـ٣ ص١١٨٣.

(٧) متفق عليه وتقدم حديث رافع ص ٤٦٥ من هذا البحث.

٤ ـ ما رواه سعد قال: «كنا نكري الأرض بما على السواقي ما سعد بالماء منها، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة»[(١)].

٥ ـ ولأن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فجازت إجارتها بالأثمان، ونحوها كالدور.

وأجاب عما احتجا به من حديث رافع بأن الراوي قد فسره بما سبق أن ذكرت، أنهم كانوا يجعلون ثمر شجر معين لأحد العاقدين، والباقي للآخرفيثمر هذا ولا يثمر هذا. وهذا فاسد باتفاق لإفضائه إلى الغرر.

والأحاديث التي احتججنا بها مفسرة لعموم دليلهم، ويحمل العام على الخاص[(٢)].

ب ـ أما إذا كانت أجرتها طعامًا ونحوه فهو على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها، معلوم. فللعلماء في جواز ذلك قولان:

القول الأول: الجواز.

وهذا مذهب أبي حنيفة[(٣)]، وأحمد[(٤)]. وعليه جمهور الفقهاء. ويأتي تفصيل أدلته.

القول الثاني: المنع منه.

---

(١) رواه أبو داود رقم ٣٣٩١ في البيوع والإجارات، باب في المزارعة.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٩.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٢.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٩، ٣٢٠، كشاف القناع جـ٣ ص٥٣٤، الإنصاف جـ٦ ص٧.

وهو مذهب مالك[١]. وحجته:

١ ـ ما روى رافع عن بعض عمومته قال: قال رسول الله ﷺ: «**من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى**»[٢].

٢ ـ ما روى ظهير بن رافع قال: «دعاني رسول الله ﷺ فقال: **ما تصنعون بمحاقلكم**؟ قلت: نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها، أو أمسكوها»[٣].

٣ ـ ما روى عطاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة» قال عطاء: والمحاقلة: بيع الزرع القائم بالحب كيلاً[٤].

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار القول بجواز إجارتها بالصفة السابقة[٥]. وأيد ذلك بما يلي:

١ ـ قول رافع: «فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به»[٦].

---

(١) الكافي جـ٢ ص٧٥٩، ٧٦٠، المدونة جـ٤ ص٥٤٣.

(٢) رواه مسلم رقم ١٥٤٨ بأطول منه في البيوع باب كراء الأرض بالطعام.

(٣) متفق عليه: البخاري رقم ٢٣٣٩ في الحرث والمزارعة باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا كما في الفتح جـ٥ ص٢٢، ومسلم رقم ١٥٤٨ في البيوع باب كراء الأرض جـ٣ ص١١٨٢، ورقمه في البيوع ١١٤.

(٤) رواه مسلم رقم ١٥٣٦ في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة.

(٥) راجع: المغني جـ٥ ص٣١٩.

(٦) رواه مسلم، وتقدم قريبًا، وأبو داود رقم ٣٣٩٢ في البيوع والإجارات، باب في المزارعة.

٢ ـ ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كالأثمان.

ورد احتجاج مالك بما يلي:

١ ـ أما حديث رافع فسبق الحديث عنه [١].

٢ ـ وأما حديث ظهير فكذلك تكلمنا عنه في بيان حكم المزارعة، على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك إذا كان خارجًا منها.

٣ ـ وحديث جابر يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة[٢]. لدفع شبهة الربا.

قلت: تفسير عطاء يدل على أن المراد بيع الزرع القائم بخرصه كيلاً، ولعله المحاقلة التي جاء النهي عنها.

القسم الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها. كإجارتها بمقدار معين من الحنطة لزرعها حنطة.

وفي هذه المسألة قولان:

القول الأول: المنع.

وهو مذهب مالك[٣]، ورواية القاضي عن أحمد[٤]. وحجة هذا القول:

---

(١) انظر ص ٤٦٥ من هذا البحث.

(٢) المغني كما سبق.

(٣) الكافي جـ٢ ص٧٦٠، المدونة جـ٤ ص٥٤٤، ٥٤٥.

(٤) المغني جـ٥ ص٣١٩، ٣٢٠، كشاف القناع جـ٣ ص٥٥١.

١ ـ ما تقدم من الأحاديث التي ذكرت النهي عن كراء الأرض بشيء من الطعام.

٢ ـ ولأنها ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها؛ لأنه يجعل مكان قوله: زارعتك، آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الإجارة، والذرائع معتبرة. وفيه شبهة الربا.

القول الثاني: الجواز.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١]، ورواية أبي الخطاب عن أحمد [٢]. وحجة هذا القول:

١ ـ قوله ﷺ: «**فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به**» [٣].

٢ ـ ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور.

ولم يصرح ابن قدامة باختيار معين. ولعل الصواب إن شاء الله المنع سداً لذريعة الربا.

القسم الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف، وثلث، وربع.

فللعلماء فيه قولان:

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٣٢.

(٢) المغني جـ٥ ص٣١٩، ٣٢٠، كشاف القناع جـ٣ ص٥٥١.

(٣) رواه مسلم وأبو داود، انظر الصفحة السابقة.

القول الأول: الجواز.

وهذا منصوص أحمد وبه قال أكثر أصحابه[١]. وهو مذهب صاحبي أبي حنيفة[٢].

القول الثاني: المنع.

وهو مذهب مالك[٣]، وأبي حنيفة[٤]، والشافعي[٥]، واختيار أبي الخطاب من علماء الحنابلة[٦].

وهو اختيار ابن قدامة رحمه الله تعالى حيث قال: وهو الصحيح إن شاء الله[٧]. واحتج لهذا القول بما يلي:

١ ـ عموم أحاديث المنع بإجارة الأرض بجزء مما يخرج منها كربع وثلث.

٢ ـ ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى.

٣ ـ ولأنها إجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الأعيان.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٠، الكافي جـ٢ ص٣٠٨، المقنع جـ٢ ص١٨٧.
(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٣، وشرح الهداية جـ٨ ص٣٨٤.
(٣) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٧٦٠، المدونة جـ٤ ص٥٥٢.
(٤) مختصر الطحاوي ص١٣٣، شرح الهداية جـ٨ ص٣٨٤.
(٥) المهذب على المجموع جـ١٣ ص ٤٧٣.
(٦) المراجع السابقة في مذهب أحمد.
(٧) راجع: الكافي جـ٢ ص٣٠٨، المقنع جـ٢ ص١٨٧، والمغني جـ٥ ص٣٢٠.

٤ ـ ولأنه لا نص في جوازها، ولا يمكن قياسها على المنصوص، ولا نعلم في تجويزها نصًا.

وأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة. فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها، ولزومها، وفيما يلزم العامل، ورب الأرض وسائر أحكامها.

رأي: لا أرى فرقًا بين هذه الصورة وأصل المزارعة. والذي تميل النفس إليه الجواز، والله أعلم.

* * *

الباب السادس عشر

الإجارة



الباب السادس عشر
الإجارة

وفيه عشرة مباحث:

المبحث الأول
تعريفها، ودليل مشروعيتها

أ ـ تعريفها:

١ ـ تعريفها اللغوي:

الأجر: الجزاء على العمل. والأجر: الكراء[١]. وقال الموفق: واشتقاق الإجارة من الأجر، وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره على مصيبته[٢].

٢ ـ التعريف الشرعي:

عرفها صاحب كشاف القناع بقوله: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئًا فشيئًا[٣].

وعرفها ابن قدامة: بأنها عقد المنافع. وهي نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه[٤].

---

(١) القاموس المحيط باب الراء فصل الهمزة جـ١ ص٣٧٦.

(٢) المغني جـ٥ ص٣٢٢.

(٣) كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٦.

(٤) المغني كما سبق، والمقنع بحاشيته جـ٢ ص١٩٥.

ب ـ دليل مشروعيتها:

أصل جواز الإجارة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُن﴾(١).

٢ ـ وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوف﴾(٢).

٣ ـ وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ (٢٦) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا﴾(٣).

وجاء في التفسير لهذه الآية عن النبي ﷺ أنه لما بلغ هذه الآية من سورة القصص قال: «إن موسى عليه السلام آجر نفسه ثماني حجج، أو عشرًا على عفة فرجه، وطعام بطنه»(٤).

٤ ـ وقال تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾(٥).

وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته.

---

(١) بعض الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٢) بعض الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٢٦ وبعض الآية ٢٧ من سورة القصص.

(٤) رواه ابن ماجه في الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه برقم ٢٤٤٤، وضعفه البوصيري ببقية وهو مدلس.

(٥) بعض الآية ٧٧ من سورة الكهف.

ب ـ السنة:

١ ـ ثبت أن رسـول الله ﷺ ، وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديل هاديًا خـريتًـا [١]. وهو الدليل الذي دلهم على الطريق إلى المدينة؛ عن طريق الساحل.

٢ـ وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يوفه أجره**»[٢].

٣ـ وجاء في البخاري صحة أجرة السمسار ـ وهو المعروف الآن بالدلال والمحرج.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا فما كان من ربح فهو لك أو بيني وبينك فلا بأس به. وقال ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**»[٣].

٤ ـ وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**»[٤].

---

(١) صحيح البخاري جـ٢ ص٣٣ بحاشية السندي.

(٢) صحيح البخاري جـ٢ ص٣٤ بحاشية السندي.

(٣) صحيح البخاري جـ٢ ص٣٥ بحاشية السندي.

(٤) صحيح البخاري جـ٢ ص٣٦ بحاشية السندي.

٥ ـ وعنه رضي الله عنه قال: احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علم كراهية لم يعطه[١].

٦ ـ ما ثبت عنه ﷺ أنه أجر أرض خيبر على أهلها بشطر ما يخرج منها[٢].

جـ ـ الإجماع:

قال في المغني: أجمع أهل العلم في كل عصر، وفي كل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك، لأنه غرر، يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق.

وقد ناقشه ابن قدامة فقال: وهذا غلط، لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، وسار في الأمصار.

والعبرة أيضًا دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع.

ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ونظير ذلك اليوم وسائل النقل من طائرات وسيارات وبواخر.

كما أنه لا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم، وحملهم تطوعًا.

وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعًا به. فلابد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقًا للرزق؛ حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع.

---

(١)، (٢) صحيح البخاري جـ٢ ص٣٧. وتقدم في المزارعة.

وما ذكره ابن الأصم من الغرر لا يلتفت إليه، مع ما ذكرنا من الحاجة، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضي الساعات فلابد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان[١]. اهـ.

ثم إن الناس بحاجة إليها فقد يستوفي المنفعة ثم يهرب بالأجرة.

المبحث الثاني

بيان المعقود عليه في الإجارة

اختلف الفقهاء في العين المؤجرة هل العقد على المنفعة؟ أم العقد على العين؟ على قولين:

القول الأول: العقد على المنفعة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، ومالك[٣]، وأكثر أصحاب الشافعي[٤]. ومذهب أحمد والكثير من أتباعه[٥]. وعليه أكثر أهل العلم. ويأتي تفصيل أدلته.

القول الثاني: العقد على العين.

وهو مذهب بعض أتباع الأئمة الأربعة[٦]. وعلة قولهم هذا: لأن العين

---

(١) راجع ما كتبه ابن قدامة في كتابه المغني جـ٥ ص٣٢١، ٣٢٢. وحكى الإجماع عليها في الجملة ابن المنذر في الإجماع برقم ٥٤٦. وانظر: الإفصاح للوزير ابن هبيرة جـ٢ ص٣٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٨، شرح الهداية جـ٨ ص٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٣.

(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٥، شرح الحطاب جـ٥ ص٣٩٠، الكافي جـ٢ ص٧٤٤.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٧٩، ٤٨٥.

(٥) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٢، كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٦، الإنصاف جـ٦ ص٥.

(٦) المغني كما سبق.

هي الموجودة، والعقد يضاف إليها. فيقول: أجرتك داري، كما يقول: بعتكها، ثم المنفعة إنما توجد شيئًا فشيئًا.

اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول بأن المعقود عليه المنافع دون أعيانها[1]. وأيد ذلك بما يلي:

١ ـ أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، وذلك هو المنافع دون الأعيان.

٢ ـ ولأن الأجر في مقابلة المنفعة، ولهذا تضمن دون العين، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه. وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة، ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان، والمعقود عليه الثمرة. ولو قال: أجرتك منفعة داري ـ جاز.

قلت: وهذا الخلاف لفظي شكلي لا ثمرة له، فإن كان العقد على العين أو المنفعة فسوف يتسلم العين، ويستوفي منها المنفعة، ويسلمها بعد انتهاء مدته على ما شرطا من شروط.

ولابد في الإجارة من معرفة الأمور التالية:

١ ـ تحديد الأجرة تحديدًا واضحًا لا يفضي إلى جهالة.

٢ ـ تحديد المنفعة المعقود عليها، وكيفية استيفائها، وأن تكون مباحة.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٣، الكافي جـ٢ ص٣١٠، المقنع بحاشيته جـ٢ ص١٩٥، العمدة مع شرحها العدة ص ٢٦٧.

٣ ـ تحديد المدة إن كان بحاجة إلى ذلك، مثل تأجير العقارات، ابتداءً وانتهاءً.

٤ ـ وكل شرط لا يخالف نصًا أو عادة أقرها الشرع فالمستأجر والمستأجَر منه على ما شرطاه؛ كتقديم الأجرة أو تقسيطها أو تأجيلها كلها إلى ما بعد انتهاء مدة الإجارة. أو شرط عليه أن كل فساد يقع في البيت فهو على المستأجر أو نحو هذا، مما هو مضمون عليه بمقتضى العقد[١].

٥ ـ كون العين مقدوراً على تسليمها.

وكل هذه الشروط محل وفاق إن شاء الله تعالى.

المبحث الثالث

متى يملك المؤجِّر الأجرة؟

اختلف الفقهاء في كيفية تملك المؤجر للأجرة على قولين:

القـــول الأول: يملك المؤجِّر الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً، وإن شرطا فهما على ما شرطا. وهذا بمثابة ملك البائع الثمن بالبيع.

وهذا مذهب الشافعي[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: لا يملكها بالعقد، فلا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيوم، إلا أن يشترط تعجيلها.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٤، وما بعدها، والمقنع بحاشيته جـ٢ ص١٩٥ ـ ١٩٩.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٠٧.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٩، الإنصاف جـ٦ ص١٠.

وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]. واحتجا على مذهبهما بالأدلة التالية:

١ ـ قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُن ﴾[٣]. فقد أمر بإيتائهن بعد الإرضاع.

٢ ـ قوله ﷺ: «**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومنهم: رجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره**»[٤].

فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل؛ فدل على أنها حالة الوجوب.

٣ ـ قوله ﷺ: «**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**»[٥].

٤ ـ ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه، كالعوض في العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها لأنه تسلمها شيئًا فشيئًا، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد.

❑ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول، وهو بمجرد العقد يملك المؤجِّر الأجرة ما لم يشترط المستأجر أجلاً معينًا[٦].

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٥، الكافي جـ٢ ص٧٤٥، شرح الحطاب جـ٥ ص٣٩٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٨، شرح الهداية جـ٨ ص٥، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٤.

(٣) بعض الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٤)، (٥) رواهما البخاري في كتاب الإجارة جـ٢ ص٣٤، ٣٥ البخاري بحاشية السندي.

(٦) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٩، الكافي جـ٢ ص٣٢١، المقنع جـ٢ ص١٢٩.

ورجح هذا الاختيار: بأن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد، كالثمن في البيع، والصداق. ثم هو عوض يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد. وأجاب عن استدلالهم فقال:

١ ـ أما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع، أو تسليم نفسها على نحو قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾[1] أي إذا أردت القراءة.

ثم هو تمسك بدليل الخطاب وهم لا يقولون به.

٢ ـ وكذلك الحديث يمكن أن يحمل على دخول العامل العمل. والمعروف أن أجر العامل إنما يكون بعد عمله لئلا يأخذ الأجرة قبلاً ثم يهرب أو يتهاون في العمل، لكنه بمجرد أن يبدأ العمل تثبت له الأجرة في ذمة صاحب العمل بدليل: أن صاحب العمل لو انتهى عمله أثناء النهار مثلاً لكان من حق العامل مطالبته بأجر النهار كاملاً.

وقد جاء ما يدل على أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]. والصداق يجب قبل الاستمتاع؛ وبهذا يمكن الجواب عن الآية والخبر.

أما التوعد فإنما هو على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلتم يجب شيئًا فشيئًا، ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل.
(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء.

عادة.

وكما ذكرت فقد فرق ابن قدامة بين ما وقعت الإجارة فيه على مدة، وبين ما إذا كانت الإجارة على عمل، فإن الأجير يملك الأجرة بالعقد لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل ؛ للاستيثاق وضمان القيام بالعمل على الوجه المطلوب.

ونقل ابن قدامة كلامًا جميلاً لأبي الخطاب أحد مجتهدي مذهب أحمد حيث قال: الأجر يملك بالعقد، ويستحق بالتسليم، ويستقر بمضي المدة، وهذا إنما هو من استؤجر لعمل.

أما إجارة الأعيان فهي مفارقة لهذا النوع من الإجارة، فإن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها[1]. ولهذا ربما كان من العرف تسليم الأجرة مقدمًا ولا يستنكره أحد من الطرفين.

المبحث الرابع

ما يفسخ عقد الإجارة اتفاقًا واختلافًا

١ ـ أن يحال بين المستأجر وبين الانتفاع بما استأجره:

وهذه الصورة تحتها تفصيلات، وتنقسم إلى أقسام أربعة:

القسم الأول: أن تتلف العين المستأجرة، وهذا ثلاثة أنواع أيضًا:

الأول: أن يقع التلف قبل قبضها ففي هذه الحالة تنفسخ الإجارة بلا خلاف.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٢٩، ٣٣٠.

الثـــاني: أن يقع عقيب قبضها. فالصحيح الذي عليه أكثر أهل العلم أن العقد ينفسخ، إلا ما حكي عن أبي ثور وهو غلط كما قال الموفق.

الثالث: أن يقع التلف بعد مضي شيء من المدة. فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى. ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة.

القسم الثاني: أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت، أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها، فإذا لم يبق منها شيء فهي كالتالفة يفسخ بتلفها عقد الإجارة، وكذلك إذا لم يبق فيها المنفعة المعقود عليها. أما إن بقيت المنفعة وأمكن استيفاؤها فلا ينفسخ العقد.

القسم الثالث: أن تغصب العين المؤجرة فينفسخ العقد. ويخير المستأجر.

القســم الرابع: أن يحدث سبب خارجي يمنع استيفاء المنفعة كحدوث خوف يمنعه من الخروج إلى العين المؤجرة له. فله خيار الفسخ[1].

٢ ـ ظهور عيب يمنع أو ينقص استيفاء المنفعة.

فله الفسخ بغير خلاف. وعيب كل شيء بحسبه وما جرت به عادة الناس وعرفهم[2].

٣ ـ موت المُكري أو موتهما:

اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم فسخ الإجارة بالموت على قولين:

القــول الأول: عدم فسخ عقد الإجارة بالموت وتبقى بحالها حتى ينتهي

---

(١) راجع في هذه التقسيمات: المغني جـ٥ ص٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥١. وانظر: الإفصاح جـ٢ ص٤١.

الأجل ويقوم الوارث مقام الميت .

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] ، وأحمد[٣] . وبه قال إسحاق ، والبتي ، وأبو ثور ، وابن المنذر[٤] . وسيأتي بيان ما استدلوا به في اختيار الموفق .

القول الثاني: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما .

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥] ، وبه قال الثوري[٦] .

وعلة قولهم : أن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ؛ لأنه استحق بالعقد استيفاؤها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ، لأنه لم يعقد مع الوارث . وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته ، ولأنه هو الذي يستحق استيفاء المنفعة .

❒ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٧] . وعلل ذلك : بأن الإجارة عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه .

قال : وما ذكروه لا يصح فإن المستأجر يملك المنافع بمجرد العقد ، كما أن

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٢ ، الكافي جـ٢ ص٧٤٥ .
(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٥٨ .
(٣) راجع : المغني جـ٥ ص٣٤٧ ، كشاف القناع جـ٣ ص٥٦٧ ، الإنصاف جـ٦ ص٦٤ .
(٤) راجع المغني كما سبق .
(٥) مختصر الطحاوي ص١٣١ ، شرح الهداية جـ٨ ص٨٤ ، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٨٣ .
(٦) راجع المغني جـ٥ ص٣٤٧ .
(٧) راجع : المغني جـ٥ ص٣٤٧ ، الكافي جـ٢ ص٣٢٩ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢١٣ ، العمدة مع شرحها ص٢٦٨ .

الأجرة ملكت عليه كاملة بالعقد.

ولو صح ما ذكروه لكان وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر، فوجب في تركته بعد موته، كما لو حفر بئرًا، فوقع فيها شيء بعد موته فهل يضمنه في ماله، لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة؟ الجواب: لا، فكذا هنا.

المبحث الخامس

حكم بيع العين المؤجرة

اختلف الفقهاء في صحة بيع العين المؤجرة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحة البيع مطلقًا، أي سواء كان المشتري هو المستأجر أم غيره. ويبقى المستأجر حتى تنتهي مدة إجارته.

وهذا مذهب مالك[١] والشافعي[٢] في أحد قوليه، ومذهب أحمد[٣].

القول الثاني: إن كان البيع على المستأجر فيصح، وإلا فلا، وهذا القول الثاني للشافعي.

وحجته: أن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب.

---

(١) الكافي جـ٢ ص٧٤٥، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠١.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٥٨، ٥٥٩.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥٠، وكشاف القناع جـ٣ ص٥٦٨، والإنصاف جـ٦ ص٦٨.

القول الثالث: البيع موقوف على إجازة المستأجر، فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة، وإن رده بطل.

وهذا مذهب أبي حنيفة(١).

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول بالجواز المطلق(٢). وعلل ذلك بأن الإجارة عقد على المنافع، فلم تمنع الصحة. وقاس هذا على حالة ما إذا زوج الرجل أمته ثم باعها.

ورد احتجاجهم - بأن يد المستأجر حائلة دون التسليم - لا يصح؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع، والبيع على الرقبة.

وقال في رده على الأحناف: إن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة فلم تعتبر إجازته، كبيع الأمة المزوجة.

قلت: ورأي ابن قدامة موافق لرأي الجمهور، وهو الصواب إن شاء الله.

فالمستأجر له مدة معينة يستوفي خلالها المنفعة المعقود عليها، بغض النظر عن المالك أيًا كان، ومع القول بصحة البيع فإن المشتري لا يحق له التسلط على المستأجر ولا يملك المنفعة حتى يستوفي المستأجر مدة إجارته.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٣٠، وحاشية ابن عابدين جـ٦ ص٨٣، وشرح الهداية جـ٨ ص٨٧.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥٠، الكافي جـ٢ ص٣٢٨، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢١٥.

فكأن عـقـد البيع لا عـلاقة له بعـقـد الإجارة، وهذا مـا يتـمشى مع المنطق السليم. لكن لابد أن يعلم المشتري بكون العين مؤجرة ويعرف مدة الإجارة؛ فإن أمضى البيع صح وبقي المستأجر يستوفي مدته، وإن لم يمض فله ذلك بالخيار.

* * *



الفصل السادس

بيان حكم تأجير المستأجِر العين المستأجرة

أكثر أهل العلم على أن المستأجر إذا قبض العين فإنه يجوز له أن يؤجرها على النحو الذي استأجرها من أجله.

ومن هؤلاء الفقهاء الأربعة: مالك[١]، وأبو حنيفة[٢]، وشرط ألا يزيد في الأجرة عما استأجر به، والشافعي[٣]، وأحمد[٤].

وبه قال سعيد بن المسيب، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، وأبو سليمان بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والثوري[٥].

وخالف في هذه المسألة القاضي من علماء الحنابلة فقال بعدم الجواز[٦]. واحتج لقوله هذا بما يلي:

١ - أن النبي ﷺ «نهى عن ربح ما لم يضمن»[٧] والمنافع تدخل في ضمانه.

---

(١) الكافي جـ٢ ص٧٤٦، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٠، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٦.
(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٩، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٢٨، شرح الهداية جـ٨ ص٢٤.
(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٣٣.
(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥٤، كشاف القناع جـ٣ ص٥٦٥، الإنصاف جـ٦ ص٣٤.
(٥)، (٦) راجع المغني كما سبق.
(٧) السنن الكبرى للبيهقي في البيوع، باب النهي عن بيع ما ليس عندك جـ٥ ص٣٤٠.

٢ ـ ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه.

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى رأي الجمهور وقيد الجواز بإجارته لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر[١].

وعلل الجواز بأنه قبض قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل.

ويتفرع على هذه المسألة بيان الحكم في زيادة الأجرة على المستأجر الثاني من المستأجر الأول.

والعلماء على أربعة أقوال في حكم هذه الزيادة:

القول الأول: يجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر الذي دفعه وزيادة.

وهذا مذهب مالك[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤]، وهو قول عطاء، والحسن، والزهري، وأبي ثور، وابن المنذر[٥].

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥٤، والكافي جـ٢ ص٣٢٥، المقنع جـ٢ ص٢٠٩، العمدة بشرحها العدة ص٢٦٨.

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٠، الكافي جـ٢ ص٧٤٦.

(٣) المهذب كما سبقت الإشارة.

(٤) راجع: المغني جـ٥ ص٣٥٥، كشاف القناع جـ٣ ص٥٦٧، الإنصاف جـ٦ ص٣٤.

(٥) المغني كما سبق.

القول الثاني: عدم الجواز مطلقًا.

وهذا مـذهب ابن المسـيب، وأبي سلمـة، وابن سـيـرين، ومـجـاهد وعكرمـة، والشـعـبي، والنخـعي[١]. وحـجـتهـم: لدخـولهـا في ربح مـا لم يضمن.

القـول الثـالث: لا يجوز له أن يزيد على الأجرة التي استـأجر بهـا إلا أن يحدث فيها زيادة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، ورواية ثانية في مذهب أحمد[٣]، وهو قـول الثوري[٤].

وحـجـتهـم: نهي النبي ﷺ عن ربح مالم يضـمن، أما إذا زاد شيئًا فـلا مانع فإن الزيادة في مقابل ذلك.

القـول الرابع: يستأذن المالك، فإن أذن له جـاز وإلا فلا، وهذه روايـة ثـالثة في مذهب أحمد[٥].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى الجواز مطلقًا وهو القول الأول[٦]. واحتج بأنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة، كبيع المبيع بعد قبضه. وكما لو أحدث عـمارة

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٩، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٣٤، المختار جـ٦ ص٢٩.

(٣)، (٤)، (٥) المغني جـ٥ ص٣٥٥.

(٦) راجع: المغني كما سبق، الكافي جـ٢ ص٣٢٥.

لا يقابلها جزء من الأجر.

وعلل الترجيح بما يلي:

١ ـ أما الخبر: «نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن» ـ فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه. وجميعهم يحتج بالخبر.

٢ ـ وأما القياس على بيع الطعام قبل قبضه، فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء أربح أم لم يربح. وههنا جائز في الجملة .

٣ ـ وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة.

رأي: ومما يؤيد ما ذكره الموفق أنهم يجيزون الإجارة بمثله وبالأقل من باب أولى، فجاز بما زاد وإلا كان من التفريق بين متماثلين.

* * *

الفصل السابع

حكم استئجار الأجير بطعامه وكسوته

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز مطلقًا.

وهذا مذهب مالك[١]، وأحمد[٢] في رواية. وهو قول إسحاق[٣]. وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم[٤].

القول الثاني: المنع مطلقًا.

وهذا مذهب الشافعي[٥]، ورواية ثانية عند أحمد[٦]. وهو مذهب أبي يوسف، ومحمد صاحبي أبي حنيفة[٧]. وهو قول أبي ثور، وابن المنذر[٨].

---

(١) الكافي جـ٢ ص٧٥٤، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٩٣، شرح الحطاب جـ٥ ص٤٣٦.

(٢) راجع: المغني جـ٥ ص٣٦٤، كشاف القناع جـ٣ ص٥٥١، الإنصاف جـ٦ ص١٢.

(٣) المغني كما سبق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٠٩.

(٦) المغني والإنصاف كما سبق.

(٧) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٥١، شرح الهداية جـ٨ ص٤٦.

(٨) المغني كما سبقت الإشارة إليه.

وحجتهم: الجهالة في الأجرة ومن شرطها أن تكون معلومة.

القول الثالث: جوازها في الرضاعة دون غيرها.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، وروايةثالثة في مذهب أحمد اختارها القاضي[٢]. وحجة هذا القول: المنع منها في غير الرضاعة للجهالة. وجوازها في الرضاعة لما يلي:

١ ـ لقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٣].

وهذا عام في الزوجة والمطلقة وغيرهما، وفي الآية قرينة تدل على أن المراد غير الزوجة بوجوب نفقتها وكسوتها بالزواج؛ وإن لم ترضع.

والقرينة هي قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾[٤] والوارث ليس بزوج.

٢ ـ ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة، فجاز أن يكون عوضها كذلك، ثم الحاجة داعية إلى ذلك.

❑ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو الجواز المطلق[٥]. وأيد اختياره

---

(١) ابن عابدين والهداية كما سبق.

(٢) المغني كما سبق.

(٣)، (٤) بعض الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٥) راجع: المغني جـ٥ ص٣٦٥، الكافي جـ٢ ص٣٢٢.

بالأدلة التالية:

١ ـ ما رواه ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ: ﴿طس﴾ حتى بلغ قصة موسى قال: «**إن موسى آجر نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه**»[1]. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

٢ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «كنت أجيرًا لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا»[2].

٣ ـ وكذلك روي عن علي رضي الله عنه أنه أجر نفسه ليهودي يسقي له كل دلو بتمرة، قال: «فسقيت حتى اجتمع لي صاعان فأتيت به رسول الله ﷺ»[3].

٤ ـ ما روي عن أبي بكر وعمر وغيرهما من الصحابة أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم. ولم يظهر لهم نكير فكان إجماعًا منهم.

---

(١) خرجه ابن ماجه رقم ٢٤٤٤ في الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه. قال في مجمع الزوائد: إسناده ضعيف لأن فيه بقية وهو مدلس.

(٢) ابن ماجه رقم ٢٤٤٥ كما سبق، وفي مجمع الزوائد قال: إسناده صحيح وهو موقوف. ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه.

(٣) خرجه البيهقي في الإجارة باب جواز الإجارة جـ٦ ص١١٩، وابن ماجه رقم ٢٤٤٦ في الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة، وفي إسناده حنش، ضعفه أحمد. ولم يذكره الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه. لكن معناه صحيح.

٥ ـ ولأنه قد ثبت في المرضعة بالآية، فيثبت في غيرها بالقياس بل وبما ثبت عن الصحابة.

٦ ـ ولأنه عوض منفعة، فقام العرف مقام التسمية كنفقة الزوجة[1].

* * *

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٦٥.

الفصل الثامن

تضمين الصانع ما يحدث في السلعة بفعله

الأجير خاص ومشترك:

فالخاص هو: الذي يقع العقد على منافعه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها؛ كالخادم والبنَّاء ونحوهما.

والمشترك هو: الذي يتقبل أعمالاً لاثنين فأكثر في وقت واحد؛ كالخياط والطبيب والقصار ـ وهو الغسال ـ.

فمثلاً إذا أفسد الخياط الثوب، أو الخباز الخبز، أو الذي يغسل الثياب الثوب أو العمامة مثلاً، فلا يخلو إما أن يكون بتعدٍ منه أو لا فإن كان بتعدٍ منه ضمن بغير خلاف بين أهل العلم[١].

وإن لم يكن بتعد منه ولا تفريط فاختلف الفقهاء في تضمينه على قولين:

القول الأول: تضمينه.

وهذا مذهب مالك[١]، وصاحبي أبي حنيفة[٣] ما لم يكن بشيء غالب

---

(١) نقله الموفق، المرجع السابق، وانظر: الإفصاح جـ٢ ص٤٣.

(٢) الكافي جـ٢ ص٧٥٦، ٧٥٧، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٩١، شرح الحطاب جـ٥ ص٤٢٩.

(٣) مختصر الطحاوي ١٢٩، شرح الهداية جـ٨ ص٦٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٥.

كالحريق، وأحد قولي الشافعي[١]، ومذهب أحمد[٢]. وهو مروي عن عمر، وعلي، وعبد الله بن عتبة، وشريح، والحسن، والحكم[٣].

القول الثاني: لا يضمن ما لم يتعد.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]، وزفر، وهو قول ثاني للشافعي[٥]. وهو مروي عن عطاء، وطاوس[٦].

وحجة هذا القول: أن العين التي تلفت تحت يد صاحب الصنعة مقبوضة بعقد الإجارة، فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة، أي أن يده عليها يد أمان فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو: التضمين[٧]. وأيد اختياره بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنه: أنه كان يضمن الصباغ، والصواغ. وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك».

وكذلك روى الشافعي عن علي: أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: «لا

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٧٤.
(٢) المغني جـ٥ ص٣٨٨، الإنصاف جـ٦ ص٧٢.
(٣) المغني كما سبق.
(٤) مختصر الطحاوي ص١٢٩، شرح الهداية جـ٨ ص٦٢، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٥.
(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٧٤.
(٦) راجع المغني كما سبق.
(٧) راجع: المغني جـ٥ ص٣٨٩، العمدة ص٢٧١، المقنع جـ٢ ص١٢٦، ١٢٧، الكافي جـ٢ ص٣٢٨ـ٣٣١.

يصلح الناس إلا هذا»[١].

٢ـ ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضمونًا. والدليل على ضمانه: أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وهذا بخلاف الأجير الخاص؛ فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل. أما المشترك فلو تلف عنده الثوب مثلاً بعد أن خاطه فإنه لا أجرة له.

أما إذا تلفت العين من حرزه بغير تعد منه كحريق أصاب دكان خياط مثلاً أو غرق أو نحو ذلك؛ فللفقهاء في حكم التضمين قولان:

القول الأول: لا يضمن ما تلف من حرزه بدون تفريط منه.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤]. وهذا قول طاوس، وعطاء، وزفر[٥].

القول الثاني: يضمن بكل حال.

---

(١) قال ابن قدامة: حديث علي مرسل. لكن كيف يحتج به؟ يقول: الصحيح منه أنه ضمن الصباغ والصواغ. فيحمل المطلق على هذا. وخرجه البيهقي في الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، وضعفه، انظر: السنن الكبرى جـ٦ ص١٢٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٣٠، وحاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٥، وشرح الهداية جـ٨ ص٦٢.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٥٧٥.

(٤) المغني جـ٥ ص٣٩٥، الإنصاف جـ٦ ص٧٣.

(٥) المغني كما سبق.

وهذا مذهب مالك(١)، وبه قال ابن أبي ليلى(٢) . وحجة هذا القول:

١ ـ قوله ﷺ : « **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** »(٣) .

٢ ـ ولأنه قبض لعين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير .

اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول(٤) . وأيد اختياره بما يلي :

١ ـ أن هذه العين مقبوضة بعقد الإجارة، لم يتلفها بفعله، فلم يضمنها كالعين المستأجرة .

٢ ـ ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما ، فلم يضمنها كالمضارب ، والشريك ، والمستأجر ، وكما لو تلفت بأمر غالب .

ورد على احتجاج مالك ـ الذي قاس فيه العين التالفة عند الأجير على العارية ـ بأن القياس مع الفارق فإنه في العارية ينفرد بنفعها .

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٩١ ، شرح الحطاب جـ٥ ص٤٣٠ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٣ ، الكافي جـ٢ ص٧٥٧ .

(٢) المغني كما سبق .

(٣) رواه الخمسة وصححه الحاكم وقال: على شرط البخاري . ولم يوافقه الشيخ الألباني لشبهة التدليس ، فقد عنعنه الحسن عن سمرة انظر : إرواء الغليل جـ٥ ص٣٤٨ وقد ذكر الشيخ الألباني أن مذهب البخاري وابن المديني أن الحسن سمع من سمرة ، والمثبت مقدم على النافي . فهو صحيح إن شاء الله .

(٤) راجع : المغني كما سبقت الإشارة، وكذلك الكافي والمقنع والعمدة كما سبقت الإشارة إليهما ص ٥٠٨ من هذا البحث .

أما الخبر : «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» فمخصوص بالعمومات التي تدل على عدم التضمين. وبالقياس على ما إذا تلفت بأمر غالب كالعدوان مثلاً[1].

وهذا هو الرأي الصواب إن شاء الله، فمتى ظهر للمؤجر أن لا تفريط من المستأجر ولا تعدي فهو حكم الله جاء قهراً فيعذره. ويده يد أمان يحلف أن التلف لم يكن بتعد منه ولا تفريط.

ولا يكفي مجرد الادعاء، فلابد من إثبات لما يقوله المستأجر وإلا لاحتال المحتالون على الناس.

* * *

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٣٩٥.



الفصل التاسع

حكم إجارة الفحل للضراب

للعلماء في تأجير الفحول من ذكور الحيوانات كذكر الحمار والبعير والثور من أجل اللقاح ـ قولان:

القول الأول: عدم الجواز.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١]، وظاهر مذهب الشافعي [٢]، ومذهب أحمد [٣]. وبه قال أبو ثور، وابن المنذر [٤].

لكن أحمد أجازه لمن امتنع إلا بأجرة، أو أن يكافئه بعد الضراب بجُعل من غير اتفاق.

القول الثاني: الجواز.

وهو وجه خرجه أبو الخطاب في مذهب أحمد، وهو مذهب الحسن، وابن سيرين [٥].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٥٥، شرح الهداية جـ٨ ص٣٩.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٧٩.

(٣) راجع: المغني جـ٥ ص٤٠٦، كشاف القناع جـ٣ ص٥٦٣.

(٤)، (٥) راجع المغني كما سبقت الإشارة.

واحتج له بما يلي :

١ ـ لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز كإجارة الظئر للرضاع ، والبئر ليستقى منها الماء .

٢ ـ ولأنها منفعة تستباح بالإعارة ، فتستباح بالإجارة كسائر المنافع .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[١] . وأيده بالأدلة التالية :

١ ـ أن النبي ﷺ : «نهى عن عسب الفحل»[٢] . وفي لفظ : «نهى عن ضراب الجمل» .

٢ ـ ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز . أشبه بيع اللبن في الضرع .

٣ ـ تعذر ضبط مقدار الفعل .

قلت: إن اضطر إليه ولم يجد من يتبرع به فلا مانع من دفع

---

(١) راجع : المغني جـ٥ ص٤٠٦ ، ٤٠٧ ، الكافي جـ٢ص٣١٢ .

(٢) متفق عليه؛ البخاري في الإجارة ، باب عسب الفحل رقم ٢٢٨٤ ، كما في الفتح جـ٤ ص٤٦١ ، ومسلم رقم ١٥٦٥ في المساقاة ، باب تحريم بيع فضل الماء بلفظ : «نهى ﷺ عن بيع ضراب الجمال» ، والمعنى واحد ، ورواه أكثر أهل كتب الصحاح . وعسب الفحل : أي ضرابه .

الأجرة؛ أشبه من يدفع الظلم عن نفسه برشوة، أو دفع ثمن الكلب لمن لا يهبه لمحتاجه.

ولعل النهي لكراهة التنزيه، فيجوز مع الكراهة، وهو رأي الأكثر كما سبق، لكن الأصل فيه التحريم ولم يقم ما يصرفه.

* * *

الفصل العاشر

أخذ الأجرة على أعمال القربة. كالأذان والإمامة والحج وتعليم القرآن وسائر العلوم

للعلماء قولان في أخذ الأجر على أعمال القرب:

القول الأول: عدم الجواز.

وهذا منصوص أحمد[١]. ومذهب أبي حنيفة[٢]. وبه قال عطاء، والضحاك، والزهري، والحسن، وابن سيرين، وطاوس، والشعبي، والنخعي[٣]. وحجة هذا القول:

١ ـ ما روى عثمان بن أبي العاص قال: «إن آخر ما عهد إلي النبي ﷺ أن اتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا»[٤].

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٤١٠، القسم الرابع من أقسام ما لا تجوز إجارته، وكشاف القناع جـ٣ ص٥٦١، جـ٤ ص١٢، الإنصاف جـ٦ ص٤٥، ٤٦.

(٢) شرح الهداية جـ٨ ص٣٩، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٥٥.

(٣) المغني كما سبقت الإشارة.

(٤) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، والعمل عند أهل العلم على هذا. انظر: صحيح الترمذي بعارضة الأحوذي في الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ على الأذان أجراً جـ٢ ص١١.

٢ ـ وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: علمت ناسًا من أهل الصفة القرآن والكتابة، فأهدى إليَّ رجل منهم قوسًا. قال: قلت: قوس وليس بمال، قال: قلت: أتقلدها في سبيل الله، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، وقصصت عليه القصة، قال: «**إن سرك أن يقلدك الله قوسًا من نار فاقبلها**»[١].

٣ ـ وعن أبي بن كعب رضي الله عنه: «أنه علَّم رجلاً سورة من القرآن فأهدى إليه خميصة، أو ثوبًا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «**لو أنك لبستها، أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبًا من نار**»[٢].

٤ ـ وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اقرأوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به**»[٣].

٥ ـ ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها، كما لو استأجر قوم إماماً يصلون خلفه الجمعة أو التراويح.

القول الثاني: الجواز.

وهذا مذهب مالك[٤]، والشافعي[٥] لكنه قال: لا يصح الاستئجار على

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى في الإجارة باب من كره أخذ الأجرة عليه جـ٦ ص١٢٥ قال: وإسناده معروف إلا الأسود بن ثعلبة.

(٢) رواه البيهقي بسند منقطع، السنن الكبرى جـ٦ ص١٢٥.

(٣) رواه الأثرم كما في المغني جـ٥ ص٤١٠. وأخرجه أحمد في المسند جـ٣ ص٤٢٨، ٤٤٤.

(٤) بداية المجتهد جـ٢ ص١٩٦، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٨٨، الكافي جـ٢ ص٧٥٥، ٧٥٦.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٤٨٩، ٥٠٠، ٥١٢.

الإمامة ولو نافلة، ورواية في مذهب أحمد[١].

ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة، وأبو ثور، وابن المنذر[٢]. وحجتهم:

١ - أن النبي ﷺ زوج أحد الصحابة بما معه من القرآن[٣]. فقد جعل القرآن عوضًا عن المهر، فتجوز الإجارة على تعليمه غيره أولى.

٢ - قوله ﷺ: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**»[٤].

٣ - ما روي عن أبي سعيد أنه قرأ على رجل لدغ الفاتحةَ فشفي فأخذ على ذلك أجرًا، ولم ينكره الرسول ﷺ بل قال: «**لقد أكلت برقية حق، كلوا واضربوا لي معكم بسهم**»[٥]. وإذا جاز أخذ الجُعل جاز أخذ الأجر عليه.

٤ - ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال، فجاز أخذ الأجر عليه كبناء المساجد والقناطر.

٥ - دعاء الحاجة إلى ذلك. فلو لم يجز أخذ الأجر عليه لندر وجود متبرع بذلك فتتعطل المصالح[٦].

---

(١)، (٢) المغني كما سبق.

(٣) متفق عليه، اللؤلؤ والمرجان رقم ٨٩٨ في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن جـ٢ ص٩٤.

(٤) انظر: صحيح البخاري في الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب.

(٥) رواه البخاري في كتاب الإجارة باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، رقم ٢٢٧٦، كما في فتح الباري جـ٤ ص٤٥٢.

(٦) راجع: المغني جـ٥ ص٤١٠، ٤١١، ٤١٢.

❑ **اختيار ابن قدامة:**

لم يصرح ابن قدامة باختياره في هذه المسألة، وكأنه يميل إلى القول الأول[1] ؛ لتقديمه إياه في الذكر، ولمناقشته أدلة القول الثاني كما يلي:

١ ـ قال في حديث أبي سعيد : الفرق بين الرقية وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة. وهذه يجوز أخذ الجعل عليها، والجعالة أوسع من الإجارة.

٢ ـ قوله ﷺ : «**أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**» يعني به الجعل أيضًا في الرقية؛ لأنه ذكر ذلك أيضًا في سياق خبر الرقية.

٣ ـ أما جعل التعليم صداقًا ففيه اختلاف. وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق، إنما قال: «**زوجتكها على ما معك من القرآن**» فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكرامًا له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه.

والفرق بين المهر والأجر: أن المهر ليس بعوض محض، وإنما وجب نحلة وصلة، ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته، وصح مع فساده بخلاف الأجر في غيره.

رأي: الذي تميل إليه النفس أن ما يعطى على هذه الأعمال وما شابهها من بيت مال المسلمين، فإنه يجوز وعليه عمل الناس، وفيه تشجيع على نشر الخير.

كما أن من قصر نفسه على عمل من أعمال القربة ولم يشترط، وجعل له

---

(١) المغني جـ٥ ص٤١٢، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٢٠٧، الكافي جـ٢ ص ٣١٣، ٣١٤.

جعل يعينه على الحياة فكذلك. ولعل الممنوع أن يمتنع عن عمل الخير إلا إذا أعطي أجراً، كأن يقول: لا أصلي لكم إلا بكذا.

أما الوظائف التي تكون في الأوقاف كالإمامة والأذان وتعليم القرآن وغير ذلك من الأعمال فهذه من بيت المال وما يشبهه فهي إن شاء الله جائزة، ولو لم تجز لوقع الناس في حرج لقلة المتبرعين بذلك، والله أعلم.

* * *



الباب السابع عشر

الوقوف، والعطايا، والصدقات



الباب السابع عشر
الوقوف ،والعطايا ، والصدقات

وفيه فصلان :

الفصل الأول
الوقوف

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول
تعريف الوقف ، ودليل مشروعيته

أ ـ تعريفه:

١ ـ التعريف اللغوي:

وقف يقف ، وقوفًا ، دام قائمًا .

ووقفته أنا وقفًا ، فعلت به ما وقف كوقَّفته بتشديد القاف المعجمة وأوقفته[١] . ومن معاني الوقف في اللغة الحبس[٢] .

(١) القاموس المحيط ، فصل الواو باب الفاء جـ٣ ص٢١٢ .

(٢) لسان العرب جـ٩ ص٣٥٩ .

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفه ابن قدامة: بأنه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة[١]، أو تسبيل المنفعة[٢].

ب ـ دليل مشروعيته:

١ ـ روى البخاري عن قتيبة بن سعيد حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري: حدثنا ابن عون قال: أنبأني نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن عمر بن الخطاب أصاب أرضًا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله: إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: « **إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها** ». قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب، ولا يورث. وتصدق بها في الفقراء وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول. وقال ابن سيرين: غير متأثل مالاً»[٣].

٢ ـ وروى بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن سعد بن عبادة رضي الله عنه ـ أخا بني ساعدة ـ توفيت أمه وهو غائب فأتى النبي ﷺ فقال:

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٤١٧، الكافي جـ٢ ص٤٤٨، العمدة ص٢٨٠.
(٢) راجع: المقنع جـ٢ ص٣٠٧.
(٣) أخرجه البخاري جـ٥ من الفتح ص٣٥٤، في الشروط، باب الشروط في الوقف رقم ٢٧٣٧ المطبعة السلفية. وخرجه مسلم رقم ١٦٣٢ في الوصية، باب الوقف.

« يا رســـول الله : إن أمي توفيت وأنا غائب عنها، فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال: **نعم**. قال: فإني أشهدك أن حائطي المخراف صدقة عليها»[١].

٣- وروى أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أمر بالمسجد وقال: **يا بني النجار ثامنوني حائطكم هذا**، فقالوا: لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله »[٢].

٤- قوله ﷺ : «**إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له**»[٣].

المبحث الثاني

حكم الوقف

الوقف من حيث هو مستحب ومندوب إلى فعله. والجمهور من العلماء على صحته. ولأهل العلم في لزومه ثلاثة أقوال:

القول الأول: يلزم بمجرده.

---

(١) البخاري مع الفتح جـ٥ ص٣٩٠ باب الإشهاد في الوقف والصدقة، من كتاب الوصايا رقم ٢٧٦٢.

(٢) رواه البخاري كما في الفتح جـ٥ ص٤٠٤، باب وقف الأرض للمسجد من كتاب الوصايا برقم ٢٧٧٤.

(٣) أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، انظر: صحيح الترمذي ومعه كتاب عارضة الأحوذي جـ٦ ص١٤٤ في الوقف. وأخرج نحوه أحمد في الوقف. انظر: المسند مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٧٨، وخرجه في التلخيص الحبير في الوقف رقم ٢ جـ٣ ص٧٨.

وهذا مذهب مالك [١]، والشافعي [٢]، وأحمد [٣]، وصاحبي أبي حنيفة [٤]. والجمهور من السلف والخلف على صحة الوقف ولزومه بمجرده. وأدلتهم ما سبق من الأحاديث الصحيحة. قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذا مقدرة إلا وقف [٥].

القول الثاني: إن الوقف لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه، إلا أن يوصي به بعد موته، فيلزم.

وهذا مذهب أبي حنيفة [٦]. وحكي عن ابن مسعود، وابن عباس [٧].

القول الثالث: لايصح الوقف.

وهذا رأي القاضي شريح. قال: لا حبس عن فرائض الله. وقال أحمد: هذا مذهب أهل الكوفة [٨].

وأدلة القائلين بعدم اللزوم ما يلي:

١ ـ ما روي: أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة، وجعله إلى رسول الله ﷺ، فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا: يا رسول الله،

---

(١) الكافي جـ٢ ص١٠١٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٥.
(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٤٤.
(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٣، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٠.
(٤) مختصر الطحاوي ص١٣٦، شرح الهداية جـ٥ ص٤١٨.
(٥) راجع المغني كما سبق.
(٦) مختصر الطحاوي ص١٣٦، شرح الهداية جـ٥ ص٤١٨.
(٧)، (٨) المغني كما سبق.

لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله ﷺ، ثم ماتا فورثهما»[(١)].

٢ ـ ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه، فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول[(٢)]. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ فعل عمر وتأييد النبي ﷺ له على ما فعل في أرضه بخيبر مع قوله: «**لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يوهب، ولا يورث**».

وقد قال الترمذي رحمه الله: «العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب الرسول ﷺ، وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك خلافًا»[(٣)].

وفعل عمر هو الأصل في باب الوقف، وصراحته في لزومه واضحة.

٢ ـ نقل قول الحميدي: تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده، وعمر بربعة عند المروة على ولده، وعثمان برومة، وتصدق علي بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة، وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى في الوقف، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله جـ ٦ ص١٦٣.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص٤٢٣، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٢٩.

(٣) صحيح الترمذي بعارضة الأحوذي جـ٦ ص١٤٢ في الوقف.

وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده. فذلك كله إلى اليوم[١].

وكذلك قال جابر: «لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذا مقدرة إلا وقف»[٢].

وهذا إجماع منهم واشتهر ذلك بينهم ولم ينكره منهم منكر.

٤ - ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق.

وعلل الترجيح فرد على أدلة القائلين بعدم اللزوم بما يلي:

١ - حديث عبد الله بن زيد: إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف. والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوفة. استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما وهو يتصرف فيه بالنيابة عنهما فتصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه، وأتيا الرسول ﷺ فرده إليهما.

٢ - والقياس على الصدقة لا يصح؛ لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، والوقف لا يفتقر إليه فافترقا[٣].

وجاء في فتح الباري: أن أبا يوسف كان يرى صحة بيع الوقف فلما بلغه حديث عمر رضي الله عنه قال: من سمع هذا من ابن عوف؟ فحدثه به ابن علية. فقال: هذا لا يسع أحداً خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به، فرجع عن

---

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في الوقف، باب الصدقات والمحرمات جـ٦ ص١٦١.

(٢)، (٣) راجع المغني جـ٦ ص٣، ٤.

بيع الوقف حتى صار كأنه لا خلاف فيه بين أحد . اهـ[(١)].

ثم إن قول الرجل: وقفت وحبست، لا يفهم منه إلا التأبيد. ولا حجة لمن تأول حديث عمر رضي الله عنه.

المبحث الثالث

حكم زوال ملك الواقف عما وقف

للعلماء في زوال ملك الواقف إذا صح الوقف فيما وقف قولان:

القول الأول: إذا صح الوقف زال ملك الواقف عنه.

وهذا مذهب أبي حنيفة[(٢)]، والمشهور من مذهب الشافعي[(٣)]، والصحيح من مذهب أحمد[(٤)].

القول الثاني: لا يزول ملكه.

وهذا مذهب مالك[(٥)]، وقول ثاني للشافعي، ورواية ثانية عن أحمد. وقول صاحبي أبي حنيفة.

وحجة هذا القول: قول النبي ﷺ: «**إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها**»[(٦)].

---

(١) راجع فتح الباري جـ٥ ص٤٠٣ كتاب الوصايا.
(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٧، شرح الهداية جـ٥ ص٤١٩.
(٣) المهذب مع المجموع جـ١٤ ص٢٤٤.
(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٤، الإنصاف جـ٦ ص٢٣، كشاف القناع جـ٤ ص٢٥٤.
(٥) الكافي جـ٢ ص١٠١٤، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٥.
(٦) جزء من الحديث المتفق عليه، وتقدم بطوله في دليل مشروعية الوقف من حديث عمر رضي الله عنه ص٥٢٦.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول[١]. وأيد اختياره بما يلي:

١ ـ أن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فأزال الملك كالعتق.

٢ ـ ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق.

ورد احتجاج أهل القول الثاني بالخبر، بأن المراد به أن يكون محبوسًا لا يباع، ولا يوهب ولا يورث.

والمترجح إن شاء الله ما اختاره الموفق لظهور الدليل عليه.

وقد حكى ابن قدامة فائدة الخلاف فقال: إنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه.

ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدي أم الولد سيدها إذا تعذر تسليمه. بخلاف المالك[٢].

ويتفرع على المسألة السابقة حكم انتفاع الواقف بشيء من الوقف؟

وهنا لا يخلو الأمر إما أن يخص بها قومًا بأعيانهم أو يعمم، فيقول: وقفت هذه البئر على المسلمين. أو يشترط أن يستفيد منها نوعًا معينًا من الفائدة. فما الحكم؟

والجواب أن يقال: إذا كان الوقف على أناس بخصوصهم ولم يكن

---

(١) راجع المغني كما سبق، المقنع جـ٢ ص٣١٧، الكافي جـ٢ ص٤٥٥.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص ٥.

اشترط فلا يملك الانتفاع . وإن كان الوقف عامًا للمسلمين فيدخل في جملتهم .

وهذان الحكمان لا خلاف فيهما . وقد روي عن عثمان رضي الله عنه : أنه سبل بئر رومة ، وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين[١] .

أما إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه وأهله ، فما حكم صحة مثل هذا الوقف؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: يصح الوقف والشرط .

وهذا منصوص أحمد[٢] ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف[٣] ، وقول ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، والزبير ، وابن شريح[٤] .

القول الثاني: لا يصح الوقف .

وهذا مذهب مالك[٥] ، والشافعي[٦] ، ومحمد بن الحسن[٧] . وحجتهم على عدم صحة الوقف :

١ ـ لأنه إزالة الملك ، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، وكما لو

---

(١) رواه البخاري في المساقاة ، باب من رأى صدقة الماء .
(٢) راجع : المغني جـ٦ ص٨ ، الإنصاف جـ٦ ص١٨ ، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٨ .
(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٧ ، شرح الهداية جـ٥ ص٤٢٤٧ .
(٤) المغني كما سبقت الإشارة إليه .
(٥) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٦ ، الكافي جـ٢ ص١٠١٤ .
(٦) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٢٣ .
(٧) مختصر الطحاوي ص١٣٧ ، شرح الهداية جـ٥ ص٤٣٧ .

أعتق عبدًا بشرط أن يخدمه.

٢ ـ ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئًا واشترط أن ينتفع به.

❏ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول، وهو صحة الوقف مع صحة الاشتراط[١]، وأيده بما يلي:

١ ـ قول عمر رضي الله عنه: (ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول)[٢] وكان الوقف في يده حتى مات.

٢ ـ ما روى أحمد بسنده عن حجر المدري: أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف أو يوكل صديقًا غير متمول[٣].

٣ ـ ولأنه إذا وقف وقفًا عامًا كالمساجد، والسقايات، والرباطات، والمقابر كان له الانتفاع به، فكذلك ههنا[٤].

وانتفاعه منه بالمعروف كما نص عليه الحديث، فأما إذا استوعب كل المنفعة من غير حاجة فلا يكون وقفًا.

---

(١) راجع: المغني جـ٥ ص٨، الكافي جـ٢ ص٤٥١. المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣١٢، العمدة ص٢٨٠.

(٢) متفق على صحته وتقدم، وفي لفظ: غير متأثل مالاً ـ وهذه الزيادة من رواية محمد بن سيرين وهي مقبولة لأنه ثقة.

(٣) مسند أحمد مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٧٨، في باب مشروعية الوقف وفضله.

(٤) المغني كما سبق.

وعلى ذكر الشروط في الوقف.

فإنه يصح أن يشترط أن يأكل من الوقف هو أو أهله أو من وليه. وكذلك له أن يخص من شاء في الوقف بزيادة أو نقصان[١].

ومن الشروط التي لا تصح في الوقف:

١ ـ أن يشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه. فلا يصح الشرط ولا الوقف.

٢ ـ وكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه، ويفسده.

٣ ـ وكذلك لو شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف، ويدخل من يشاء من غيرهم لم يصح.

المبحث الرابع

العمل إذا تعطلت منافع الوقف

اختلف الفقهاء في العمل في الوقف الذي تعطلت منافعه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز التصرف فيه ببيع ونحوه على أن يستبدل بثمنه ما ينفع الموقوف عليه.

وهذا مذهب أحمد[٢].

القول الثاني: لا يجوز بيع شيء من ذلك.

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص٢٨، الإنصاف جـ٦ ص١٠٠، كشاف القناع جـ٤ ص٢٩٢.

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] . وحجتهما :

١ ـ قوله ﷺ : «**لا يباع أصلها، ولا تبتاع، ولا توهب، ولا تورث**»[٣] .

٢ ـ ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء عينه كالمعتق، والمسجد .

القول الثالث: إذا خرب الوقف عاد إلى ملك واقفه .

وهذا قول محمد بن الحسن الشيباني[٤] .

وحجته : أن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول ، وهو جواز التصرف في الوقف المعطل بما يرجع نفعه إلى الموقوف عليهم[٥] . واحتج لذلك بالأدلة التالية :

---

(١) الكافي جـ٢ ص١٠٢٠ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٩ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٣) صحيح كما تقدم ص٥٢٦ .

(٤) مختصر الطحاوي ص١٣٧ ، شرح الهداية جـ ٥ ص٤٣٣ .

(٥) راجع : المغني جـ٦ ص٢٩ ، وفي الكافي منع التصرف في الوقف بما ينقل الملك مستدلاً بحديث عمر لكنه أطلق . المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٣٠ ، العمدة مع شرحها العدة جـ٢ ص٢٨٢ .

١ ـ ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: «انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصل»[١].

وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان إجماعًا.

٢ ـ ولأن فيما ذكر استبقاءً للوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته، فوجب ذلك.

ثم إن الجمود على العين من غير منفعة فيه تضييع للغرض من الوقف.

قلت: ويمكن أن يجاب عن الحديث الذي احتج به مالك والشافعي أن ذلك في حالة سير المنافع وإمكان الاستفادة منها ما أمكن ذلك فلا يجوز مع وجود المنفعة بيع. أما إذا تعذرت الاستفادة كانهدام المسجد أو عدم استيعابه للمصلين أو تحول الأرض الزراعية إلى عمارة عند تعطيل زراعتها، ويمكن الاستفادة منها فيباع بعض الأرض ويبنى به البعض الآخر، فلا أظن الحديث يرد على مثل هذا. والله أعلم.

المبحث الخامس

ما يصح وقفه وما لا يصح وقفه

١ ـ ما لا يمكن الانتفاع به إلا بذهاب عينه: كالدنانير، والدراهم، والمطعوم، والمشروب، والشمع، وأشباه ذلك.

لا يصح وقفه، وهذا ما عليه أكثر أهل العلم.

---

(١) ذكره في المغني جـ٦ ص٢٩.

وحكي عن مالك والأوزاعي صحة وقف الطعام . ولم يثبت عن مالك . والصحيح خلافه[١] .

٢ - الحلي: للفقهاء في وقف الحلي للبس أو العارية قولان :

القول الأول: جواز وقفها .

وهذا مذهب الشافعي[٢] ، والمشهور عن أحمد[٣] . وحجته :

١ - ما روى نافع قال : «ابتاعت حفصة حليًا بعشرين ألفًا، فحبسته على نساء آل الخطاب ، فكانت لا تخرج زكاته»[٤] .

٢ - ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائمًا ، فصح وقفها كالعقار .

٣ - ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل منفعتها فصح وقفها كالعقار .

القول الثاني: لا يجوز . وهذا مذهب الأحناف[٥] .

وهو رواية ثانية عن أحمد .

وحجته : أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدراهم ، والدنانير ، وأنكر الحديث عن حفصة .

---

(١) المغني جـ٦ ص٣٤، وانظر جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٥ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٢١ .

(٣) راجع : المغني جـ٦ ص٣٥، الإنصاف جـ٦ ص٨، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٤ .

(٤) ذكره في المغني جـ٦ ص٣٤ .

(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٧ ، شرح الهداية جـ٥ ص٣٤٢ .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار القول الأول[١]. لما ذكر من الأدلة:

ولأن العادة جارية أن التحلي من المقاصد المهمة. وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه، وجواز إجارته لذلك.

ويفارق الدراهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلي بها ولا اعتبرها الشارع في إسقاط الزكاة، ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا.

فيكون قياسهم على الدراهم والدنانير مع الفارق.

٣ ـ كل ما جاز بيعه، وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلاً يبقى بقاءً متصلاً.

فأما العقار كالدور والأرضين فلا خلاف في صحة وقفها.

وأما ماعدا ذلك من حيوان وسلاح وأثاث، وهو ما يعبر عنه بالمنقول، فللعماء قولان في صحة وقفه:

القول الأول: لا يصح الوقف إلا في العقار.

وهذا مذهب الشافعي[٢]، ورواية الأثرم عن أحمد[٣]، ورواية في مذهب مالك[٤]. وهو قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة[٥].

---

(١) راجع: المغني جـ٦ ص٣٤، ٣٥، المقنع جـ٢ ص٣٠٩، أما في الكافي والعمدة فقد نص على عدم جواز وقف الأثمان، والحلي أثمان، وربما يقصد غير الحلي، الكافي جـ٢ ص٤٤٩، والعمدة ص٢٨٠.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٢٢.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٣٦، الإنصاف جـ٦ ص٧، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٤.

(٤) الكافي جـ٢ ص١٠٢٠، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٥، وصرح بالجواز في غير العقار.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٧، شرح الهداية جـ٥ ص٤٢٩، ٤٣٠.

القول الثاني: يدخل الوقف في العقارات والمنقولات.

ويشمل الحيوان والسلاح والعروض وكل ما فيه منفعة مع بقاء أصله.

وهذا هو المشهور في مذهب أحمد(١)، ورواية ثانية في مذهب مالك(٢).

وأجازه محمد بن الحسن في السلاح والكراع فحسب.

اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الثاني، وقد أيده بالأدلة التالية:

١ ـ أن النبي ﷺ قال: «**أما خالد فقد احتبس أدراعه، وأعتاده في سبيل الله**»(٣).

قال الخطابي: الأعتاد: ما يعده الرجل من المركوب، والسلاح، وآلة الجهاد.

٢ ـ ما روي: أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أريد الحج أفأركبه؟ فقال: رسول الله ﷺ: «**اركبيه، فإن الحج والعمرة من سبيل الله**»(٤).

٣ ـ ولأنه يحصل فيه معنى الوقف ـ وهو تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة فصح وقفه، كالعقار والفرس الحبيس.

---

(١) راجع: المغني جـ٦ ص٣٦، الإنصاف جـ٦ ص٧، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٤.

(٢) الكافي جـ٢ ص١٠٢٠، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٥، وصرح بالجواز في غير العقار.

(٣) متفق عليه: انظر اللؤلؤ والمرجان رقم ٥٦٩ في الزكاة باب في تقديم الزكاة ومنعها.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في الوقف باب الحبس في الرقيق والماشية والدابة جـ٦ ص١٦٤.

٤ ـ ولأنه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده، كالعقار.

٤ ـ المشاع:

اختلف الفقهاء في صحة وقف المشاع على قولين:

القول الأول: صحته.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأبي يوسف[٣]، وأحمد[٤].

القول الثاني: لا يصح.

وهذا مذهب محمد بن الحسن الشيباني[٥].

وهذا بناه على أصله، وهو أن القبض شرط في صحة الوقف، والقبض لا يتصور في المشاع.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٦].

واحتج بما يلي:

١ ـ ما جاء في حديث عمر: «أنه أصاب مائة سهم من خيبر، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها».

---

(١) الكافي جـ٢ ص١٠١٧، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٩.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٢٢.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٧، شرح الهداية جـ٥ ص٤٢٥.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٣٧، الإنصاف جـ٦ ص٨، كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٣.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٧، شرح الهداية جـ٥ ص٤٢٥.

(٦) راجع: المغني كما سبق، المقنع جـ٣ ص٣٠٩، الكافي جـ٢ ص٤٤٨.

وهذه صفة وقف المشاع. والحديث صحيح كما سبق[١].

٢ ـ حصول المقصود من الوقف بأن المشاع يمكن تحبيس أصله وتسبيل منفعته كحصوله في المفرز.

قال: ولا نسلم اعتبار القبض. ولو سلمنا فإذا صح في البيع صح في الوقف.

ثم إن قبض كل شيء بحسبه.

* * *

(١) انظر ص٥٢٦ من هذا البحث.

الفصل الثاني

العطايا والصدقات

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول

التعريف بها، وبيان دليل مشروعيتها

قال ابن قدامة: الهبة، والصدقة، والهدية، والعطية. معانيها متقاربة.

وكل منها يصدق عليه: إنها تمليك في الحياة بغير عوض. واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة.

وربما فرقوا بين الصدقة والهدية لأن الرسول ﷺ كان يأكل من الهدية ولا يأكل من الصدقة[1]؛ فقالوا: ما كان المقصد فيه التقرب إلى الله كان صدقة وما كان التقرب فيه إلى الإنسان فهو الهدية.

قلت: وهذا حسب ما نواه الشخص وحسب المعطي فإن كان المعطي يدفعها ظانًا فقر من يدفعها إليه وحاجته إليها فهي الصدقة، وإن كان يدفعها

(١) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ٦٤٥ في الزكاة باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، ورقم ٦٥٠، باب قبول النبي ﷺ الهدية ورده الصدقة.

لمن ليس في حاجتها في الظاهر فهي الهدية.

وقد حث الشارع على الهدية والصدقة؟ أما الهدية فقد جاء عنه ﷺ أنه قال: «**تهادوا تحابوا**»[1]. ومما جاء في الحث على الصدقة:

١ ـ روى حارثة بن وهب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**تصدقوا، فيوشك الرجل يمشي بصدقته فيقول الذي أعطيها: لو جئتنا بها بالأمس قبلتها، فأما الآن، فلا حاجة لي فيها، فلا يجد من يقبلها منه**»[2].

٢ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: ضرب رسول الله ﷺ مثل البخيل والمتصدق، كمثل رجلين عليهما جبتان من حديد قد اضطرت أيديهما إلى ثديهما وتراقيهما، فجعل المتصدق كلما تصدق بصدقة انبسطت عنه، حتى تغشى أنامله، وتعفو أثره، وجعل البخيل كلما هم بصدقة قلصت، وأخذت كل حلقة بمكانها.

قال أبو هريرة: فأنا رأيت رسول الله ﷺ يقول بإصبعه هكذا في جيبه:

---

(١) خرجه البيهقي في الهبات باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس جـ٦ ص١٦٩.
وهو في موطأ الإمام مالك بلفظ: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».
الموطأ في كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في المهاجرة جـ٢ ص٩٠٨، قال ابن عبد البر: هذا يتصل من وجوه شتى حسان كلها.

(٢) أخرجه البخاري في الفتن جـ١٣ من الفتح ص٧١، ٧٢، وأخرجه مسلم في الزكاة باب الترغيب في الصدقة قبل ألا يوجد من يقبلها رقم ١٠١١.

«فلو رأيته يوسعها فلا توسع»[١].

٣- وعن عدي بن أبي حاتم رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اتقوا النار ولو بشق تمرة**».

وفي رواية أنه ذكر النار فتعوذ منها وأشاح بوجهه ثلاث مرات ثم قال: «**اتقوا النار ولو بشق تمرة، فإن لم تجدوا فبكلمة طيبة**»[٢].

٤- وعن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: سئل أو سألت رسول الله ﷺ عن الزكاة؟ فقال: «**إن في المال حقًا سوى الزكاة**، ثم تلا هذه الآية التي في البقرة: ﴿**لَيْسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَالْمَلائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ**﴾»[٣].

٥- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**ما نقص مال من صدقة - أو ما نقصت صدقة من مال -**»[٤] الحديث.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في اللباس والزكاة والجهاد، ومسلم في الزكاة باب مثل المنفق والبخيل رقم ١٠٢١، والنسائي في الزكاة، باب صدقة البخيل.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري في أبواب متعددة منها الزكاة، والصدقة قبل الرد. راجع: الفتح جـ٣ ص٣٢٥، وأخرجه مسلم في الزكاة رقم ١٠١٦ باب الحث على الصدقة ولو بشق تمرة، وكذلك أخرجه النسائي جـ٥ ص٧٤، ٧٥، في الزكاة باب القليل في الصدقة.

(٣) أخرجه الترمذي في الزكاة جـ٣ ص١٦٢، باب ما جاء أن في المال حقًا سوى الزكاة. وفي سنده أبو حمزة ميمون الأعور وهو ضعيف. ولهذا قال الترمذي ص ١٦٣: هذا حديث إسناده ليس بذاك.

(٤) أخرجه الترمذي في البر والصلة باب ما جاء في التواضع جـ٨ ص١٨٤، وفي موطأ مالك في الصدقة، باب ما جاء في التعفف عن المسألة. وروايته مرسلة، لكن يشهد لها رواية مسلم والترمذي.

٦ ـ وعنه رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول**»[١].

المبحث الثاني

نوع عقد الهبة والصدقة من حيث اللزوم وعدمه

اختلف الفقهاء في لزوم الهبة والصدقة بالعقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الهبة والصدقة جائزتان إذا كانتا معلومتين قبضتا أم لم تقبضا.

وهذا مذهب مالك[٢]. وهو مروي عن علي وابن مسعود، وبه قال أبو ثور[٣].

القول الثاني: تكون لازمة بالقبض أيًا كان الموهوب والمتصدق به. وما لم يقبضها تكون جائزة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]، والشافعي[٥]، ورواية في مذهب أحمد[٦]. وهذا مروي عن أكثر أهل العلم. ومنهم أبو بكر وعمر وعثمان،

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة راجع: الفتح جـ٣ ص ٢٣٤، وأبو داود في الزكاة رقم ١٦٧٣ باب الرجل يخرج من ماله.

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٠، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٢، الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٩٩٩.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٤٤.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٣٨، شرح الهداية جـ٧ ص٤٧٩، حاشية ابن عابدين جـ٨ ص٤٢٦.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٨١.

(٦) راجع: المغني جـ٦ ص ١٤، الإنصاف جـ٦ ص١١٩، كشاف القناع جـ٤ ص٣٠١.

وعلي رضي الله عنهم. وبه قال الثوري، والنخعي، والحسن بن صالح، والعنبري، وبقية أصحاب الرأي[١].

وعن مالك أنها تلزم مطلقًا[٢].

القول الثالث: التفصيل؛ فإن كان الموهوب أو المتصدق به مكيلاً أو موزونًا لم يلزم بمجرد العقد بل لابد فيه من القبض. أما إذا لم يكن كذلك فيلزم بمجرد العقد.

وهذا مذهب أحمد[٣]، ورواية عن مالك، والشافعي[٤].

الأدلة والمناقشة:

أ ـ أدلة القائلين بالجواز مطلقًا:

ب ـ أدلة القائلين بعدم اللزوم إلا بالقبض:

١ ـ ما روي عن عروة عن عائشة رضي الله عنها: «أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدي منك، ولا أحد أعز علي فقرًا منك، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا، ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث: أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) المراجع السابقة في مذهب مالك.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص ١٤، الإنصاف جـ٦ ص١١٩، كشاف القناع جـ٤ ص٣٠١.

(٤) المراجع السابقة في المذهبين.

عز وجل»[١].

٢ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: قال: «ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم قال: مالي، وفي يدي، وإذا مات هو قال: كنت نحلته إياه، من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها، حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل»[٢]. النحلة: الصدقة.

٣ ـ قول المروزي: اتفق أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي: أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة[٣]. ولم يظهر لهم خالف فيكون إجماعًا منهم.

٤ ـ واحتجوا بالحديث: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»[٤]. على لزوم الهبة بالقبض.

جـ ـ أما من قال بالتفريق بين المكيل والموزون وغيرهما: فقال باللزوم بمجرد العقد فيما لا يكال ولا يوزن وبعدم اللزوم في المكيل والموزون إلا بالقبض فاستدلوا بـ:

أن الهبة أحد نوعي التمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله كالبيع، فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف.

---

(١) رواه مالك في الموطأ بسند صحيح رقم ١٤٣٤ ص٥٣٣ في الأقضية باب ما لا يجوز من النحل.

(٢) الموطأ رقم ١٤٣٥ في الأقضية باب ما لا يجوز من النحل ص ٥٣٣.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٤٤.

(٤) البخاري رقم ٢٦٢١ في الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، انظر: الفتح جـ٥ ص٢٣٤، ومسلم رقم ١٦٢٢ في الهبات.

وكأن ابن قدامة يميل إلى القول الثالث ويرجحه[1]. وقد رد على احتجاج أهل القول الثاني بما روي عن أبي بكر وعمر بما يلي:

١ ـ أما حديث أبي بكر فلا يلزم، فإن جذاذ عشرين وسقًا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقًا مجذوذة، فيكون مكيلاً غير معين، وهذا نقول لابد فيه من القبض.

وإن أراد نخلاً يجذ عشرين وسقًا فهو أيضًا غير معين، ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه، فيكون معناه: وعدتك بالنحلة. فيكون من باب الوعد.

٢ ـ أما قول عمر، فإن المراد به النهي عن النحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت بحيث يستغلها طيلة حياته ثم تكون خاصة بولده بعد مماته دون غيرهم من الورثة، وفي هذا حيلة نهى عنها عمر. فلا تكون هبة إلا إذا قبضها الولد وأصبحت تحت تصرفه[2].

رأي: وإنني أؤيد القول بأن الهبة عقد جائز ما لم تقبض فإذا قبضت قبح شرعًا وطبعًا أن لا تلزم.

المبحث الثالث

حكم هبة المشاع

اختلف الفقهاء في هبة المشاع على قولين:

---

(١) راجع: المغني كما سبقت الإشارة، العمدة بشرحها العدة ص ٢٨٤، المقنع جـ٢ ص٣٣٢، ٣٣٣، الكافي جـ٢ ص٤٦٦، ٤٦٧.

(٢) المغني جـ٦ ص٤٤.

القول الأول: صحة هبة المشاع مطلقا.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد[٣].

القول الثاني: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٤]. وحجته: أن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٥]. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم. قال رسول الله ﷺ: «**ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم**»[٦]. وهذا هبة للمشاع.

٢ ـ وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبي ﷺ وقد

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٢، الكافي جـ٢ ص١٠٠١، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٩.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٩٤.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٤٥، الإنصاف جـ٦ ص١٢٦، واشترط إذن الشريك وانظر: ص١٣١، كشاف القناع جـ٤ ص٣٠٠.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ٨ ص٤٣٩، شرح الهداية جـ٧ ص٤٨٨ ـ ٤٩١.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص٤٥، ٤٦، الكافي جـ٢ ص٤٦٦، المقنع جـ٢ ص٣٣٤.

(٦) خرجه أبو داود رقم ٢٦٩٣ في الجهاد باب في فداء الأسير بالمال.

جاءه رجل، ومعه كبة من شعر، فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح برذعة لي. فقال ﷺ: «**ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك**»(١).

٣ـ وروى عمرو بن سلمة الضمري قال: «خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء، فرأينا حمار وحش معقوراً، فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ: «**دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه**» فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال: يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله أبا بكر أن يقسمه بين الناس»(٢).

٤ ـ ولأن المشاع يجوز بيعه، فجازت هبته كالذي لا ينقسم.

ورد على الأحناف قولهم: إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض، بأنه لا يصح فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا. ثم إن طريقه إلى العلم فهو يؤول إلى معلوم فيصح هبته.

المبحث الرابع

حكم المفاضلة بين الأولاد في العطية

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تجوز المفاضلة بين الأولاد في العطية ويقضى بها.

وهذا مذهب مالك(٣)، وأبي حنيفة(٤)، والشافعي(٥). وهو قول الليث،

---

(١) أبو دواد رقم ٢٦٩٤ كما سبق.

(٢) خرجه البيهقي في الهبة باب ما جاء في هبة المشاع جـ٦ ص١٧١.

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٩، الكافي جـ٢ ص١٠٠٣، جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٥.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٣٨، شرح الهداية جـ٧ ص٤٩٣.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٧٥، ٢٧٦.

والثوري، وشريح، وجابر بن زيد، والحسن بن صالح[١]، وهذا مع كراهتهم لها من حيث هي لكن إذا وقعت أجيزت. واحتجوا على مذهبهم هذا بالأدلة التالية:

١ ـ فعل أبي بكر رضي الله عنه فقد نحل عائشة جذاذ عشرين وسقًا دون سائر أولاده.

٢ ـ قوله ﷺ للنعمان بن بشير: «**أشهد على هذا غيري**»[٢] فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها.

٣ ـ ولأنها عطية تلزم بموت الأب، فكانت جائزة، كما لو سوى بينهم.

القول الثاني: يجب التسوية بين الأولاد إلا أن يختص أحدهم بمعنى التفضيل، كالأعلم، والأصلح. والأحوج لنحو عمى أو علة أو كثرة عيال.

وعليه فإن فاضل بينهم بدون وجود مبرر أثم، وعليه التسوية؛ إما برد الفاضل أو بإتمام نصيب الناقص.

وهذا مذهب أحمد[٣]. وهو قول أهل الظاهر. وبه قال طاوس، وابن المبارك، ومجاهد، وعروة[٤]. وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء. وأدلة

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٦ ص٥٢.

(٢) رواية من حديث النعمان بن بشير متفق عليها، كما في اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٤٨، وابن ماجه رقم ٢٣٧٦ في الهبات باب الرجل ينحل ولده، واللفظ له.

(٣) راجع المغني جـ٦ ص٥١، الإنصاف جـ٦ ص١٣٦، وعبر بكلمة المشروع بدلاً من الإيجاب. وانظر: كشاف القناع جـ٤ ص٣٠٩، وصرح بالوجوب في التسوية.

(٤) المغني كما سبق.

هذا القول تأتي في اختيار ابن قدامة .

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الثاني[(١)] . وأيد اختياره بما يلي :

١ - ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ ، فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال : «**أكل ولدك أعطيت مثله ؟**» قال : لا ، قال : «**فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم**» قال : فرجع أبي فرد تلك الصدقة . وفي لفظ قال : « **فاردده** » ، وفي لفظ قال : «**فارجعه**» وفي لفظ : «**لا تشهدني على جور**» ، وفي لفظ : « **فأشهد على هذا غيري** » . وفي لفظ : «**سوِّ بينهم**»[(٢)] .

وهذا الحديث في الصحيحين . فهذا دليل على التحريم لأنه سماه جوراً ، وأمر برده ، وامتنع من الشهادة عليه ، والجور حرام .

والأمر يقتضي الوجوب ما لم يقم صارف يصرفه .

٢ - ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم ، فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها .

---

(١) راجع : العمدة بشرحها العدة ص ٢٨٥ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٣٧ ، الكافي جـ٢ ص٤٦٥ ، المغني جـ٦ ص٥٢ .

(٢) متفق عليه : راجع : اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٤٨ في الهبات باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة .

وعلل الترجيح بالرد على أدلة الجمهور فقال :

١ ـ أما حديث أبي بكر مع عائشة رضي الله عنهما فهو محتمل :

فيحتمل أنه إنما خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب ، والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها .

ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو أعطاها وهو ينوي أن يعطي غيرها فأدركه الموت قبل ذلك .

قال : ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه ؛ لأن حمله على مثل محمل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة ، والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات .

٢ ـ وأما احتجاج الشافعي بقوله ﷺ : «**فأشهد على هذا غيري**» ليس بأمر ؛ لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب ، والندب ، ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً؟ وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد . وهو ممنوع .

ولو أمر النبي ﷺ غيره امتثل بشير أمره ، ولم يرده ، وإنما هذا تهديد له على هذا ، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه[١] .

رأي: والذي ترجح لي والله أعلم : جواز التفاضل بين الأولاد في العطية إذا قام في أحدهم معنى يستحق التفضيل ؛ كما فعل أبو بكر .

---

(١) راجع : المغني لابن قدامة جـ٦ ص٥٢ .

وإذا لم يوجد معنى فلا أقل من أن يكون التفاضل مكروهًا، لأن حديث النعمان ليس صريحًا في التحريم حتى يقطع به. والله أعلم.

المبحث الخامس

الرجوع في الهبة

١ - رجوع الوالد في هبته لولده:

اختلف الفقهاء في رجوع الوالد في هبته لولده على قولين:

القول الأول: له ذلك سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أم لم يقصد.

وهذا مذهب مالك[(١)]، والشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)]. وبه قال الأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور[(٤)].

ورواية عند أبي حنيفة: له الرجوع إلا إذا وقعت موانع كالزيادة في الموهوب أو الموت أو نحو ذلك.

القول الثاني: ليس له الرجوع فيما وهب.

وهذا مذهب أبي حنيفة[(٥)]، ورواية عن أحمد.

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص١٠٠٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٣. جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٥.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٧٥. روضة الطالبين جـ٥ ص٣٧٨.

(٣) المغني جـ٦ ص٥٥، الإنصاف جـ٦ ص١٤٥، كشاف القناع جـ٤ ص٣١٣.

(٤) المغني كما سبق.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٨، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦١٨، وجـ٨ ص٤٦٣، شرح الهداية جـ٧ ص٤٩٩.

وحجة هذا القول:

١ـ قوله ﷺ: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»(١).

٢ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها»(٢).

٣ـ ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع.

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو جواز الرجوع في هبة الوالد لولده(٣). وأيد هذا بالأدلة التالية:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**فاردده**» لبشير بن سعد، وفي رواية: «**فأرجعه**» فقد أمره بالرجوع في هبته. وأقل أحوال الأمر الجواز. وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده.

قلت: وهذا الحديث يدل على الرجوع في هبة الجور لا الرجوع في هبة الوالد لولده مطلقًا. فلا يصلح دليلاً للقائلين بالجواز.

---

(١) متفق عليه: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٤٧ في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقات والهبة.

(٢) موطأ مالك ص٥٣٤ رقم ١٤٣٦ في الأقضية باب القضاء في الهبة.

(٣) راجع: المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٤٠، الكافي جـ٢ ص٤٦٩، ص٤٧٠ض، والمغني جـ٦ ص٥٥.

٢ ـ ما روي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم مرفوعًا إلى النبي ﷺ أنه قال: «**ليس لأحد أن يعطي فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**»[١].

وهذا يخص عموم ما رووه، ويفسره.

ورد أدلة المانعين بما يلي:

١ ـ حديثهم مخصوص بما روي عن ابن عمر وابن عباس.

٢ ـ قياسهم منقوض بهبة الأجنبي، فإن فيها أجرًا وثوابًا، وقد ندب الشارع إليها، وعندهم له الرجوع فيها.

٣ ـ والصدقة على الولد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة بقوله: تصدق علي أبي بصدقة[٢].

وقد ذكر ابن قدامة ضوابط أربعة لصحة رجوع الوالد فيما وهب لولده:

١ ـ أن تكون باقية في ملك الابن.

٢ ـ أن تكون العين الموهوبة تحت تصرف الابن؛ أي يمكنه أن يتصرف فيها، فلو استولد الأمة الموهوبة لم يملك الأب الرجوع فيها؛ لعدم جواز نقله إلى غير سيدها.

٣ ـ ألا يتعلق بها رغبة لغير الولد؛ كرغبة الناس في معاملة الولد فيما وهب له.

---

(١) رواه الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة جـ٥ ص٣٠١ وقال: حديث ابن عباس حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم، ورواه ابن ماجه رقم ٢٣٧٥ في الهبات باب الرجل ينحل ولده.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص٥٥.

٤ ـ أ لا تزيد عند الولد زيادة متصلة.

وهذه ضوابط ليست دقيقة اللهم إلا الضابط الأول، وهو كون الموهوب باقيًا تحت يد المتهب، أما إذا باعه أو تصرف فيه تصرفًا يخرجه عن ملكه، فليس للوالد الرجوع فيما وهب لانتقاله إلى ملك غيره(١).

٢ ـ هبة من عدا الوالد:

اتفق العلماء على أن الواهب ليس له الرجوع فيما وهب إذا كان الموهوب ذا رحم، وكذلك إذا وهب وكانت الهبة على ثواب(٢).

أما إذا وهب لغير ذوي الأرحام، فاختلف الفقهاء في حكم الرجوع فيما وهب على قولين:

القول الأول: لا يجوز رجوع الواهب فيما وهب مطلقًا، أي سواء كان المتهب ذا رحم أو لم يكن. إلا الوالد فيما وهب لولده على ما سبق.

وهذا مذهب الشافعي(٣)، وأحمد(٤). وبه قال أبو ثور(٥).

القول الثاني: يجوز الرجوع في هبة غير ذوي الأرحام ما لم يثب عليها.

وهذا مذهب أبي حنيفة(٦)، وعن مالك ما يدل على هذا(٧). وبه قال

---

(١) راجع: المغني والكافي نفس الصفحات والأجزاء.

(٢) نقل الإتفاق ابن قدامة في المغني جـ٦ ص٦٥، الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٥٩.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٨٧، روضة الطالبين جـ٥ ص٣٧٨.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٦٥، الإنصاف جـ٦ ص١٤٥، كشاف القناع جـ٤ ص٣١٢.

(٥) المغني جـ٦ ص٦٥.

(٦) مختصر الطحاوي ص١٣٨، شرح الهداية جـ٧ ص٤٩٩ وما بعدها.

(٧) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٣.

النخعي، والثوري، وإسحاق، وعموم أصحاب الرأي. وهو مروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه[١]. وحجتهم:

١ ـ ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها»**[٢].

٢ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه: «من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»[٣].

٣ ـ ولأنه لم يحصل له عنها عوض، فجاز له الرجوع فيها كالعارية.

❏ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو القول بعدم جواز الرجوع في الهبة سواء أكان الموهوب ذا رحم أم لا، وسواء أكانت الهبة على ثواب أم لا[٤]. واحتج لهذا القول بالأدلة التالية:

---

(١) المغني جـ٦ ص٦٥.

(٢) موطأ مالك حديث ١٤٣٦ رواية يحيى الليثي.

(٣) رواه الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة جـ٥ ص٣٠٢ ـ الترمذي مع عارضة الأحوذي.

(٤) راجع: العمدة ص٢٨٤، المقنع جـ٢ ص٣٣٩، ٣٤٠. الكافي جـ٢ ص٤٦٩، المغني جـ٦ ص٦٥.

١ - قول النبي ﷺ: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»[١]. وفي لفظ: «**كالكلب يعود في قيئه**» وفي رواية: «**ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه**».

٢ - قوله ﷺ: «**ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**»[٢].

٣ - وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن نبي الله ﷺ قال: «**لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده**»[٣].

٤ - ولأنه واهب لا ولاية له في المال، فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم.

تعليل الترجيح:

١ - قال ابن قدامة: أحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى.

٢ - قول عمر: قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه[٤].

٣ - وأما العارية فإنما هي هبة المنافع، ولم يحصل القبض فيها، فإن قبضها باستيفائها فنظير مسألتنا، ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها...»[٥].

---

(١) متفق عليه: وتقدم في بيان لزوم الهبة بالعقد وعدم لزومها، وقوله: «ليس لنا مثل السوء..». من رواية أحمد. انظر: المسند مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٧٣ في الهبة باب النهي عن الرجوع في الهبة إلا لوالد من ولده.

(٢) رواه الترمذي جـ٦ ص٣٢ في البيوع باب كراهية الرجوع في الهبة.

(٣) مسند أحمد مع الفتح الرباني باب النهي عن الرجوع في الهبة إلا الوالد لولده جـ١٥ ص١٧٣.

(٤) مسند أحمد كما سبق مرفوعًا.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص٦٥.

- والحقيقة أن الرجوع في الهبة قبيح طبعًا مستهجن ، مجانب لما عليه الخلق الإسلامي الرفيع والذوق السليم.

ولا ينبغي لذي مروءة ودين أن يهب شيئًا ثم يرتده ولو لم تثبت أحاديث الحرمة. وعلى الواهب أن يتحرى موضع الهبة فيضعها في موضعها الشرعي حتى لا يتأسف فيما بعد ويضطره ذلك إلى الرجوع.

والمسلمون كلهم جسم واحد وأسرة واحدة، والرجوع في الهبة تسبب الفرقة والتنافر وإيجاد الضغائن والحقد مما يولد الانحرافات والعقد النفسية.

والدنيا قليلها وكثيرها ذاهب زائل، ولنا في رسول الله ﷺ القدوة الحسنة؛ فقد كان متلافًا للمال في وجوه البر والخير، مع أن الله غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر.

وإن لقوله ﷺ : «**تهادوا تحابوا**» مغزى عظيمًا لا يعرفه إلا متبصر بأحكام الشريعة وحكمها، فكم من قلوب تكون متفرقة تجمعها هدية وتسلب منها الحقد والضغينة، وهذا مجرب في واقع الحياة.

المبحث السادس

في العمرى والرقبى

قال ابن قدامة: العمرى والرقبى: نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب، والقبول، والقبض، أو ما يقوم مقام ذلك.

والذي يهمنا بيان صورة كل منهما وحكم الصحة.

أ ـ صورتها:

١ ـ العمرى: أن يقول الرجل: عمرتك داري هذه، أو هي لك عمرى، أو ما عشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتقييدها بالعمر.

٢ ـ الرقبى: أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إليَّ وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول: هي لآخرنا موتًا، وبذلك سميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه[1].

ب ـ حكمها:

اختلف العلماء في صحة العمرى والرقبى على قولين:

القول الأول: جوازهما.

وهذا مذهب أكثر أهل العلم[2].

القول الثاني: عدم صحتهما.

وهذا قول بعض أهل العلم، ولم يسمهم ابن قدامة، وقد وجدت أن أبا حنيفة أجاز العمرى ولم يجز الرقبى. ووافقه تلميذه محمد، وخالفهما

---

(١) المغني جـ٦ ص٦٨.

(٢) راجع: في مذهب مالك: جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٤، وفي مذهب أبي حنيفة: الهداية جـ٧ ص٥١٣ مع شروحها، وفي مذهب الشافعي: المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٩٥ وفي مذهب أحمد: الإنصاف جـ٦ ص١٣٤.

أبو يوسف فأجازهما [١].

وحجتهم: قوله ﷺ: «**لا تُعمروا، ولا تُرقبوا**» [٢].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو جوازهما [٣]. وأيده بالأدلة التالية:

١ ـ ما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها**» [٤].

ويمكن أن يستدل بالأدلة التالية على الجواز:

٢ ـ وعنه رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «**أمسكوا أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًا أو ميتًا، ولعقبه**».

وفي لفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له» [٥].

٣ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا رقبى،**

---

(١) شرح الهداية جـ٧ ص٥١٤، حاشية ابن عابدين جـ٨ ص٤٩٢، ٤٩٣.

(٢) خرجه البيهقي في الهبات، باب الرقبى بأتم من هذا جـ٦ ص١٧٥، وفي أبي داود: «**لا ترقبوا ولا تعمروا**» رقم ٣٥٥٦.

(٣) راجع: العمدة ص٢٨٥، المقنع جـ٢ ص٣٣٥، ٣٣٦، الكافي جـ٢ ص٤٧٢، ٤٧٣، المغني جـ٦ ص٦٨.

(٤) رواه أبو داود رقم ٣٥٥٨ في البيوع والإجارات باب الرقبى.

(٥) رواه مسلم رقم ١٦٢٥ في الهبات باب العمرى جـ٣ ص١٢٤٦، وخرجه البيهقي جـ٦ ص١٧٣.

فمن أرقب شيئًا فهو له حياته، ومماته»[١].

٤ ـ قوله ﷺ : **«العمرى جائزة»**[٢].

قلت: ورد الاحتجاج بالحديث: «**لا تعمروا، ولا ترقبوا، أو لا ترقبوا ولا تعمروا**» وكل ما ورد في النهي عنهما فقد اقتصر فيه على جزء من الحديث دون باقيه، وإنما نهاهم على سبيل الإعلام أن العمرى والرقبى ليستا كما كانوا يعهدونهما في الجاهلية. فإن العمرى والرقبى تكون لمن أعمرهما ووهبت له ولورثته؛ أي نهاهم عن الدخول فيها إلا بعد معرفة حكم الشرع فيها، وهو أنهما نوعان من الهبة تشملهما جميع أحكامهما.

ثم اختلف القائلون بجوازهما فيما تلزم؛ أهي في المنافع أم تنقل الملك من المعمِر إلى المعمَر إليه؟ قولان للفقهاء:

الأول: العمرى والرقبى تنقلان الملك إلى من أعمرها.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]. وهو مروي عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم منهم جابر بن عبد الله، وابن عمر، وابن عباس. وبه قال شريح، ومجاهد، وطاوس، والثوري، وعموم أصحاب الرأي[٦].

---

(١) رواه ابن ماجه رقم ٢٣٨٢ في الهبات باب الرقبى.

(٢) متفق عليه: انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٥١ في الهبات باب العمرى، وفي البخاري باب ما قيل في العمرى والرقبى.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٩، وحاشية ابن عابدين جـ٨ ص٤٩٣، وشرح الهداية جـ٧ ص٥١٤.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٢٩٥، ٢٩٦.

(٥) المغني جـ٦ ص٦٩، الإنصاف جـ٦ ص١٣٥.

(٦) المغني كما سبق.

الثاني: العمرى والرقبى تمليك المنافع، لا تمليك الرقبة .

وهذا مذهب مالك[١] وروي عن الليث . واحتجا :

١ ـ بقول ابن القاسم : « ما أدركت الناس إلا على شرطين في أموالهم وما أعطوا » .

٢ ـ ولأن التمليك لا يتأقت، كما لو باعه إلى مدة، فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع؛ لأنه لا يصح توقيته .

□ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وأن العمرى تنقل الملك إلى الرقبة ثم لورثة الموهوب[٢] . واحتج على ذلك بالأدلة التالية :

١ ـ ما رواه جابر عن رسول الله ﷺ قال : «**أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًا وميتًا، ولعقبه**»[٣] .

٢ ـ حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : «**لا رقبى، فمن أرقب شيئًا فهو له حياته، وموته**»[٤] .

٣ ـ ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه : «أن رسول الله ﷺ جعل

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢١٤، الكافي لابن عبد البر النمري جـ٢ ص١٠٢١ .

(٢) راجع : المغني جـ٦ ص٦٩، العمدة ص٢٨٥، المقنع جـ٢ ص٣٣٦، ٣٣٧، الكافي جـ٢ ص٤٧٢، ٤٧٣ .

(٣)، (٤) راجع في تخريجهما ما سبق في حاشية الصفحة ٥٦٤ من هذا البحث .

العمرى للوارث»[1].

٤ ـ أن حديث العمرى صحيح رواه مالك في الموطأ، وقد رواه جابر وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، وزيد بن ثابت، وأبو هريرة. ولم يظهر من خالفهم فيكون اتفاقًا منهم.

ولا عبرة بما روي عن ابن القاسم فإنه لا يقبل في مقابل قول الصحابة فضلاً عن معارضته لقول الرسول ﷺ.

ثم لا يجوز أن يدعى إجماع أهل المدينة فقد قال بخلافه كثير منهم.

أما ما قيل: إن لها معنى عند العرب، فنحن نقول به ولكن نقول: إن الشارع نقلها إلى معنى آخر كما نقل الصلاة عن الدعاء إلى الأفعال والأقوال المعروفة.

وقولهم: إن التمليك لا يتأقت.

قلنا: فلذلك أبطل الشرع تأقيتها، وجعلها تمليكًا مطلقًا[2].

ثم إن ما أطلق من الأحاديث يحمل على المقيد. فنصوص الشرع يصدق بعضها بعضًا والعمل بها جميعًا أولى من التعارض.

* * *

(١) رواه ابن ماجه رقم ٢٣٨١ في الهبات باب العمرى، وخرجه البيهقي في الهبات باب في الرقبى جـ٦ ص١٧٥.

(٢) المغني جـ٦ ص٦٩.

الباب الثامن عشر

الوصايا



الباب الثامن عشر
الوصايا

وفيه فصلان:

الفصل الأول
في أحكام الوصية

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول
تعريف الوصية، ودليل مشروعيتها

أ - تعريفها:

١ - التعريف اللغوي

أوصاه ووصَّاه توصية عهد إليه، الاسم: الوصاة والوصاية والوصية وهو الموصى به أيضًا. ويوصيكم الله: أي يفرض عليكم. وأوصى له بشيء. وتواصى القوم: أوصى بعضهم بعضًا[1].

(١) القاموس المحيط فصل الياء باب الواو جـ٤ ص٤٠٣، والمختار من صحاح اللغة ص٥٧٥.

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

عرفها ابن قدامة: بأنها التبرع بالمال بعد الموت[١].

وقال في المقنع: هي الأمر بالتصرف بعد الموت[٢]، وهذا التعريف أشمل.

ب ـ دليل مشروعية الوصية: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أ ـ الكتاب:

١ ـ قال تعالى: ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (١٨٠) فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١٨١) فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾[٣].

٢ ـ وقال تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ** ﴾[٤].

٣ ـ وقوله تعالى: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾[٥].

٤ ـ وقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُم** ... ﴾الآية[٦].

---

(١) المغني جـ٦ ص١٣٦، والكافي جـ٢ ص٤٧٤.

(٢) راجع: المقنع جـ٢ ص٣٥٤.

(٣) الآيات ١٨٠، ١٨١، ١٨٢ من سورة البقرة.

(٤) بعض الآية ١١ من سورة النساء.

(٥) بعض الآية ١١ من سورة النساء.

(٦) بعض الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

ب ـ السنة:

جاء في السنة الصحيحة الحث على الوصية والتفصيل لكثير من أحكامها، ومن ذلك:

١ ـ حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده**»[١].

٢ ـ وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها. قال: «يرحم الله ابن عفراء. قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله. قال: **لا**. قلت: فالشطر، قال: **لا**. قلت: الثلث. قال: **فالثلث**، والثلث كثير. **إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلى فم امرأتك**. وعسى الله **أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون**. ولم يكن له يومئذ إلا ابنة»[٢].

٣ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رجل للنبي ﷺ: يا رسول الله أي الصدقة أفضل؟ قال: «**أن تصدق وأنت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر، لا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا، ولفلان كذا. وقد كان لفلان**»[٣].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا جـ٢ ص١٢٤، ط دار المعرفة ببيروت، المتن ومعه حاشية السندي. وهو متفق عليه كما في اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٥٢ في الوصايا.

(٢) أخرجه البخاري جـ٢ ص١٢٥. ط سابقة.

(٣) رواه البخاري جـ٢ ص١٢٦.

٤ ـ وقال ﷺ : «**لا صدقة إلا عن ظهر غنى**»[١] .

٥ ـ وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لأبي طلحة : «**اجعلها** ـ يعني الصدقة ـ **لفقراء أقاربك** . فجعلها لحسان وأبي بن كعب» .

وفي لفظ قال النبي ﷺ لأبي طلحة : «**أرى أن تجعلها في الأقربين** . قال أبو طلحة : أفعل يا رسول الله . فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه»[٢] .

٦ ـ وجاء في تبويب البخاري : «لا وصية لوارث» . وهو حديث صحيح رواه أبو أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «**إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث**»[٣] .

٧ ـ وعن علي رضي الله عنه قال : «إنكم تقرأون هذه الآية : ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ وإن النبي ﷺ قضى : أن الدين قبل الوصية»[٤] .

المبحث الثاني

حكم الوصية

اتفق العلماء على أن من كان عليه دين أو عنده وديعة وليس عليها دليل

---

(١) أخرجه البخاري جـ ٢ ص١٢٧ .

(٢) رواه البخاري جـ٢ ص١٢٨ .

(٣) رواه ابن ماجه رقم ٢٧١٣ في الوصايا باب لا وصية لوارث . وخرجه ابن حجر عن أحمد وأبي داود والترمذي وابن ماجه وقال : وهو حسن الإسناد . انظر : تلخيص الحبير في الوصايا رقم ٩ جـ٣ ص١٠٦ .

(٤) رواه ابن ماجه رقم ٢٧١٥ في الوصايا باب الدين قبل الوصية ، قال ابن حجر : أخرجه أحمد وأصحاب السنن ، وعلقه البخاري والحارث ، وإن كان ضعيفًا فإن الإجماع منعقد على وفق ما روي ، التلخيص الحبير في الوصايا رقم ٢٧ جـ ٣ ص ١١٠ .

من بيِّنة أو كتابة، أو عليه واجب لله أو للناس. فإن الوصية واجبة في حقه[١].

واختلفوا فيمن ليس عليه حق لأحد؛ ما حكم وصيته بجزء من ماله؟ على قولين:

القول الأول: الوصية مستحبة وليست بواجبة.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]. وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والثوري، وعموم أصحاب الرأي[٦].

القول الثاني: هي واجبة مما قل أو كثر.

وهذا مذهب أهل الظاهر[٧]، والزهري، وأبي مجلز - وقد سئل: على كل ميت وصيته؟ قال: إن ترك خيراً.

وقال أبو بكر عبد العزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون. وهو محكي عن مسروق، وطاوس، وإياس، وقتادة، وابن جرير[٨]. وحجتهم:

١ - قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا

---

(١) انظر: الإفصاح عن معاني الصحاح جـ٢ ص٧٠، المغني جـ٦ ص١٣٨.

(٢) الكافي جـ٢ ص١٠٢٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣١٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٥٧، شرح الهداية جـ٩ ص٣٤٣، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٤٨.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣١٤.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص١٣٨، الإنصاف جـ٦ ص١٨٩، كشاف القناع جـ٤ ص٣٣٨.

(٦) المغني كما سبق.

(٧) المحلى جـ١٠ ص٤١٧ المسألة ١٧٥١.

(٨) المغني كما سبق.

﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[١] .

٢ ـ خبر ابن عمر رضي الله عنهما : «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[٢] .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو عدم الوجوب[٣] . وأيده بما يلي :

١ ـ أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك نكير . ولو كانت واجبة لم يُخِلُّوا بذلك ، ولنُقِلَ عنهم نقلاً ظاهراً .

٢ ـ ولأنها عطية لا تجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت ، كعطية الأجانب .

قلت: وهذا يمكن اعتباره ، أما أن أصحاب الرسول ﷺ لم يرد عن الكثير منهم فممكن أن يجاب عنه فيقال : من كان منهم من أصحاب المال ؛ فالمشهور أنه كان يوصي بشيء معين للفقراء والمساكين والأقارب ، كما فعل أبو طلحة وسعد بن أبي وقاص ، ومن لم يوص فإنه كان مسلطًا على هلكة المال في وجوه الخير والبر ويكفيه ذلك ، فلا يصلح عدم النقل حجة بل الذي نقل عن كثير منهم الإيصاء . لكن قوله : هي عطية . يصلح

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .

(٢) متفق عليه ، وتقدم ص٥٧١ من هذا البحث .

(٣) راجع : العمدة ص٢٩٠ ، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٥٧ ، الكافي جـ٢ ص٤٧٤ ، المغني جـ٦ ص١٣٨ .

للاحتجاج.

وأجاب عن احتجاج أهل الظاهر فقال:

١ - الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ قال هذا ابن عباس. وقال ابن عمر: نسختها آية المواريث.

٢ - وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة. وهذا رأي جيد والدليل معه. ويتأكد استحباب الوصية لغير الوارث على من عنده خير. والذي هو أحب: الصدقة في وجوه الخير في حال الصحة والقوة. وأن الأفضل لمن أراد الوصية ألا تزيد على ثلث المال من أجل حق الورثة.

وقد اختلف العلماء في القدر المتصدق به؛ أي النسب أفضل لمن ترك خيراً؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الثلث هو أفضل النسب المتصدق بها.

وهذا قول القاضي، وأبي الخطاب من الحنابلة [١].

ولم يذكر لهم دليل. ولعل حجتهما: أن الثلث هو القدر الذي أقره ﷺ لسعد فيكون هو الأفضل.

القول الثاني: الربع هو السنة.

وهذا قول إسحاق [٢]. ولا دليل له.

---

(١)، (٢) راجع: المغني جـ٦ ص١٣٩.

القول الثالث: الخمس هو الأفضل.

وهذا قول الكثير من العلماء[١].

ويروى عن أبي بكر الصديق، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

وحجتهم: فعل أبي بكر وعلي[٢] واستقرار العمل عند الكثير عليه.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار ابن قدامة أن الأفضل الإيصاء بالخمس[٣]. وحجته:

١ - قوله ﷺ لسعد: «**الثلث، والثلث كثير**».

وفي هذا إشارة إلى أن النسبة كلما قلت كان أفضل. وعليه فتحديد الخمس يحتاج إلى دليل. وقد احتج عليه ابن قدامة بفعل الصحابة رضي الله عنهم.

٢ - فعل أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقد أوصى بالخمس وعلل ذلك بقوله: رضيت بما رضي الله به لنفسه. يعني بذلك قوله تعالى: ﴿ **وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ** ﴾[٤].

وكذلك روي عن علي رضي الله عنه أنه أوصى بالخمس[٥].

---

(١) المغني كما سبق، شرح الهداية جـ٩ ص٣٥٦، والمجموع شرح المهذب جـ١٤ ص٣١٠.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في الوصايا باب من استحب النقصان عن الثلث جـ٦ ص٢٦٩.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص١٤٠، الكافي جـ٢ ص٤٧٤، المقنع جـ٢ ص٣٥٧، العمدة ص٢٩٠.

(٤) جزء الآية ٤١ من سورة الأنفال.

(٥) المغني كما سبق. وانظر: مصنف عبد الرزاق جـ٩ ص٦٦.

٢ ـ قول الشعبي: كان الخمس أحب إليهم من الثلث: فهو منتهى الجامح.

٣ ـ وقال العلاء بن زياد: أوصى أبي أن أسأل العلماء: أي الوصية أعدل، فما تتابعوا عليه فهو وصيته؟ فتتابعوا على الخمس[١].

والذي يفهم من حديث سعد[٢] أن النسبة كلما كانت أقل وترك الأكثر للورثة كان أفضل وأولى.

ولهذا جاء رجل إلى عمر وأراد أن يوصي بماله كله فما زال به عمر حتى أنزله إلى العشر.

ولكن الخمس ـ كما ذكر ابن قدامة ـ استقر عليه رأي كثير من أصحاب الرسول ﷺ مفسرين بذلك قوله ﷺ: «**والثلث كثير**» وهي نسبة معقولة جدًا. وهذا فيمن كان له ورثة كُثْر، أما من قل ورثته وكثر ماله فلا بأس أن يبلغ الثلث. لأن الله تصدق على المسلم بثلث ماله عند موته.

ثم اختلف الفقهاء فيمن أوصى بالخمس أو الربع أوالثلث لغير القريب ما العمل؟ مع اتفاقهم أن الأفضل أن يجعل الوصية لأقاربه الذين لا يرثون لقيام الدليل على ذلك. لكن لو خالف فأوصى لغير القرابة فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في الجواب عن هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

---

(١) راجع في هذه الأقوال كلها ما ذكره ابن قدامة في المغني جـ٦ ص١٤٠.

(٢) خرجه البيهقي في الوصايا باب الوصية بالثلث جـ٦ ص٢٦٨، وهو مما اتفق عليه الشيخان. انظر: اللؤلؤ والمرجان رقم ١٠٥٣ في الوصية باب الوصية بالثلث جـ٢ ص١٦٣، وهو حديث مشهور عند أهل العلم.

القـول الأول: إن وصيته صحيحة مع الكراهة. وهذا مذهب مالك[١]، وأبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤].

وبه قال الكثير من أهل العلم؛ منهم سالم، وسليمان بن يسار، وعطاء والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وعموم أصحاب الرأي[٥].

القول الثاني: ينزع عنهم ويرد إلى قرابته.

وهذا قول طاوس، والضحاك، وعبد الملك بن يعلى[٦].

ويمكن أن يحتج لهم بما قاله الرسول ﷺ لأبي طلحة: «**اجعله في أقاربك**» فجعله في حسان وأبي بن كعب[٧].

القـول الثـالث: يكون للذي أوصى له ثلث الثلث، والباقي يرد إلى قرابة الموصي.

وهذا قول سعيد بن المسيب، والحسن، وجابر بن زيد[٨].

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وأن الوصية لغير القرابة تنفذ ولا يرد

---

(١) الكافي جـ٢ ص١٠٢٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٥، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣٢٠.
(٢) شرح الهداية جـ٩ ص٣٤٤، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٥٠.
(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣٠٣.
(٤) راجع: المغني جـ٦ ص١٤٠، الإنصاف جـ٦ ص١٩١، كشاف القناع جـ٤ ص٣٣٨.
(٥)، (٦) المغني جـ٦ ص١٤٠.
(٧) تقدم تخريجه.
(٨) رواه البخاري رقم ٢٧٦٩ في الوصايا باب إذا وقف أرضًا ولم يبين الحدود انظر: الفتح جـ٥ ص٣٩٦.

منها شيء لقرابته[١]. واحتج على هذا بما يلي:

١ - ما روى عمران بن حصين: أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعْبُد لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم، فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة[٢].

والشاهد منه: أنه أجاز العتق في ثلثه لغير قرابته.

قلت: والحقيقة أن الحديث على فرض صحته ليس نصًا في المراد.

٢ - ولأنها عطية، فجازت لغير قرابته، كالعطية في الحياة.

والقول الذي معه الدليل: أن الأولى أقاربه لما ثبت في النص من أن الصدقة على الأقارب صدقة وصلة.

ولقوله ﷺ في حديث أبي طلحة: «**اجعها في أقاربك**» قال: أفعل. لكن لو خالف هذا لعدل عن الأفضل، وجاز لعدم قيام مانع يمنع من ذلك، فهذا ماله وله أن يهبه حيث شاء، وربما كان له قصد حسن، وهدف يريد تحقيقه مثل كون الموصى له طالب علم، أو ذا حاجة ملحة، أو لمجاهد في سبيل الله، أو لأي ملحظ آخر فهو أعلم بما يتصرف به

بل ربما يلمح معنى خاصًا في وصيته كتلميذ له ليس من أقاربه، أو صديق

(١) راجع: المغني جـ٦ ص١٤٠، العمدة ص٢٩٢، المقنع جـ٢ ص٣٦٦، الكافي جـ٢ ص٤٧٩.

(٢) رواه أحمد في الوصية باب جواز تبرعات المريض من الثلث فأقل ومنعه من الزيادة عليه، انظر: المسند مع الفتح الرباني جـ١٥ ص١٨٦.

محتاج كان يبره، أو نحو ذلك، وربما كان من أقاربه من يصرف الأموال في غير وجهها الحقيقي، أو ليس بحاجة إلى ذلك. فالأمر متروك له. ولهذا جاء حديث سعد مطلقًا.

المبحث الثالث

الوصية للوارث

اتفق الفقهاء: أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية، فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء[١].

وقد جاء النص صريحًا في ذلك، فعن أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث**» (وهذا حديث صحيح أجمع أهل العلم على العمل به)[٢].

وإنما الخلاف فيما إذا أجاز الورثة وصية مورثهم لأحد ورثته فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الوصية صحيحة في نفسها وتكون موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها بعد الموت صحت، وإلا فلا.

وهذا مذهب مالك[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥].

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٧١، المغني جـ٦ ص١٤١.
(٢) تقدم تخريجه ص٥٧٢.
(٣) الكافي جـ٢ ص١٠٢٤، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣١٨.
(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣٢٩، ٣٣٠.
(٥) راجع: المغني جـ٦ ص١٤١، الإنصاف جـ٦ ص١٩٣، كشاف القناع جـ٤ ص٣٣٩.

وعليه جماهير أهل العلم. ومنهم الأحناف[١].

القول الثاني: هي باطلة من أصلها. وإن أجازها الورثة.

وهذا مذهب أهل الظاهر[٢]، وهو قول للشافعي[٣]، وقال به بعض أصحاب أحمد[٤].

وحجة القول الثاني: ظاهر قوله ﷺ: «**لا وصية لوارث**»[٥].

❒ اختيار ابن قدامة:

لم يصرح في المغني باختياره. ولكن من مناقشته للأدلة يظهر أنه يرجح الرأي الأول[٦]. ويحتج له بالأدلة التالية:

١ - أنه تصرف صحيح صدر من أهله في محله فصح كما لو أوصى لأجنبي.

٢ - الزيادة في الحديث السابق: «**إلا أن يشاء الورثة**»[٧] والاستثناء من

---

(١) راجع: مختصر الطحاوي ص١٥٦، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٤٩. شرح الهداية جـ٩ ص٣٥١-٣٥٤.

(٢) المحلى جـ٩ ص٣١٦.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣٢٩، ٣٣٠.

(٤) راجع: المغني والإنصاف كما سبقت الإشارة إليهما.

(٥) رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه. كما سبق في بيان أدلة مشروعية الوصية ص٥٧٢ من هذا البحث.

(٦) راجع: المقنع جـ٢ ص٣٥٨، الكافي جـ٢ ص٤٧٩، المغني جـ٦ ص١٤١.

(٧) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في الوصايا باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين جـ٦ ص٢٦٣، ٢٦٤ قال: وفيه عطاء الخراساني غير قوي ولم يدرك ابن عباس.

النفي إثبات .

وربما يجاب عن استدلال أهل الظاهر بالحديث بأن يقال : الزيادة تقيد إطلاقه .

ولو لم تثبت الزيادة فهو محتمل فيكون معناه ، لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا .

أو يقدر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة[١] .

قلت: ومهما يكن فإن القائلين بجواز الوصية للوارث محتاجون إلى ثبوت الزيادة ؛ لتقيد الإطلاق . وإلا فلا وصية لوارث يبقى على ظاهره وأصل النفي للصحة .

وإن أجازها الورثة فتكون هبة مبتدأة . يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة من اللفظ والقبول ، والقبض ، ونحو ذلك . والله أعلم .

المبحث الخامس

ما تبطل به الوصية

١ ـ موت الموصى له قبل الموصي .

وهذا رأي الجمهور من العلماء ومنهم مالك[٢] ، وأبو حنيفة [٣] ، والشافعي[٤] ، وأحمد[٥] .

---

(١) راجع : المغني جـ٦ ص١٤١ .
(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٦ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣١٨ ، الكافي جـ٢ ص١٠٢٨ .
(٣) مختصر الطحاوي ص١٥٧ ، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٤٩ ، شرح الهداية جـ٩ ص٣٥٨ .
(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣٤١ .
(٥) راجع : المغني جـ٦ ص١٥٣ ، الإنصاف جـ٦ ص٢٠٤ ، كشاف القناع جـ٤ ص٣٤٤ .

وخالف في هذه المسألة الحسن فقال: تكون لولد الموصَى له ومثل هذا مروي عن عطاء[١]. فكأنهما يريانها حقًا يورث.

❑ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول[٢].

وأيده بأن الوصية عطية صادفت المعطى ميتًا فلم تصح. كما لو وهب ميتًا، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت.

وكأن ابن قدامة مع الجمهور؛ لمحوا معنى الوصية وأنها التصرف في المال بعد موت الموصى.

٢ - رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي وقبل القبض.

وقد فصل ابن قدامة في رد الوصية إلى أربعة أحوال. لا داعي لذكرها ههنا؛ فإن الذي يهمنا أن الرد بعد الموت وقبل القبض لا خلاف في اعتباره. وكذلك بعد القبض يبطل الوصية وتصبح هبة من الموصى له إلى الورثة.

٣ - إذا تغيرت حال الموصي بجنون، أو كفر، أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص، ويرجع الأمر إلى الحاكم ويعين أمينًا يقوم مقامه.

٤ - كذلك إذا تلف الموصى به فلا شيء للموصَى له من أموال الموصي إجماعًا[٣].

---

(١) المغني كما سبقت الإشارة.

(٢) راجع: المغني كما سبق، المقنع جـ٢ ص٣٦١، الكافي جـ٢ ص٤٨٤.

(٣) انظر: المغني جـ٦ ص١٥٣ وما بعدها.

المبحث السادس

حكم اشتراط الأهلية في الموصي

اختلف الفقهاء في توفر شرط البلوغ في الموصي على قولين:

القول الأول: لا يشترط فتصح وصية الصبي الذي له عشر سنين.

واختلفوا فيما دون ذلك، مع اتفاقهم على عدم صحتها من ابن سبع.

وهذا مذهب مالك[١]، وقول الشافعي[٢]، ومذهب أحمد[٣]. وهو قول عمر بن عبد العزيز، وشريح، وعطاء، والزهري، وإياس، وعبد الله ابن عتبة، والشعبي، والنخعي، وإسحاق[٤].

القول الثاني: يشترط البلوغ في الموصي.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٥]، والقول الثاني للشافعي، ورواية ثانية في مذهب أحمد[٦]. وهذا قول الحسن ومجاهد[٧]. وحجة هذا المذهب:

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٣١٦، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٥.

(٢) المهذب مع المجموع جـ١٤ ص٣١٠، وقال: من ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه في وجوه البر.

(٣) المغني جـ٦ ص٢١٥، الإنصاف جـ٦ ص١٨٣، كشاف القناع جـ٤ ص٣٣٦.

(٤) راجع المغني لابن قدامة كما سبق.

(٥) شرح الهداية جـ٩ ص٣٥٨، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٥٦.

(٦) المغني والإنصاف كما سبقت الإشارة إليهما.

(٧) راجع: المغني جـ٦ ص٢١٥.

١ ـ أن الوصية تبرع بالمال، فلا يصح من الصبي كالهبة، والعتق.

٢ ـ ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل.

□ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول؛ وهو صحة وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين[١]. وكان عاقلاً. وأيد هذا الاختيار بما يلي:

١ ـ ما روي: أن صبيًا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأجاز وصيته.

٢ ـ وفي لفظ عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه: أن عمرو بن سليم أخبره، أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلامًا يفاعًا لم يحتلم، وورثته بالشام وهو ذو مال، وليس له ههنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم، قال عمرو بن سليم: فبعت ذلك المال بثلاثين ألفًا.

وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم[٢].

قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة. وهذه قصة انتشرت فلم تنكر.

---

(١) راجع: المغني جـ٦ ص٢١٥، ٢١٦، الكافي جـ٢ ص٤٧٨، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٥٤، العمدة ص٢٩٠.

(٢) رواهما في الموطأ رقم ١٤٥٠، ١٤٥١ في الأقضية باب جواز وصية الصغير ص٥٤٠، وخرجهما البيهقي في الوصايا باب ما جاء في وصية الصغير جـ٦ ص٢٨٢، قال: الخبر فيه انقطاع.

٣ـ ولأنه تصرف تمحض نفعًا للصبي، فصح منه؛ كالإسلام، والصلاة، وتختلف الوصية عن الهبة والعتق المنجز؛ فإن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه، وماله، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه، ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه، وإذا ردت، رجعت إليه، وههنا لا يرجع إليه بالرد[1].

المبحث السابع

الوصية بكل المال

اتفق الفقهاء على أن الموصي لا يزيد في وصيته على الثلث، وأن ما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة[2].

لكن من لا وارث له لو أوصى بكل ماله فما حكم وصيته؟

اختلف الفقهاء على قولين في هذه المسألة:

القول الأول: صحة الوصية بكل المال لمن لا وارث له من أصحاب الفروض أو العصبة.

وهذا مذهب أبي حنيفة[3]، وأحمد في المشهور عنه[4].

---

(١) المغني جـ٦ ص٢١٦.

(٢) الإفصاح جـ٢ ص٧٠.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٦٥٢، شرح الهداية جـ٩ ص٣٤٦.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٢٢٠، الإنصاف جـ٦ ص١٩٢، كشاف القناع جـ٤ ص٣٣٩.

وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه، وبه قال عبيدة السلماني، ومسروق، وإسحاق[١].

القول الثاني: لا تجوز إلا بالثلث كما لو كان له وارث.

وهذا مذهب مالك[٢]، والشافعي[٣]، ورواية ثانية في مذهب أحمد[٤]. وهو قول الأوزاعي، وابن شبرمة، والعنبري[٥].

وحجتهم: أن له من يعقل عنه، فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه، كما لو ترك وارثًا.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٦]. وأيده بما يلي:

١ ـ أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة، بدليل قول النبي ﷺ: **«إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة**

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) الكافي لابن عبد البر جـ٣ ص١٠٢٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٠٧، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣١٨.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٣١٩.

(٤) المغني والإنصاف كما سبقت الإشارة.

(٥) المغني جـ٦ ص٢٢٠.

(٦) راجع: المغني جـ٦ ص٢٢٠، الكافي جـ٢ ص٤٧٦، المقنع بحاشيته جـ٢ ص٣٥٨.

يتكففون الناس»[١].

وههنا لا وارث له يتعلق حق بماله ؛ فأشبه حال الصحة .

٢ ـ ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ، ولا غريم ، أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث .

* * *

(١) رواه البخاري جـ٢ ص١٢٥ بحاشية السندي . وهو جزء من حديث طويل سبق ذكره ص٥٧١ من هذا البحث .

الفصل الثاني

الإيصاء إلى الغير

والمراد هنا الوصية بالنظر إلى ما يصلح لأبنائه وعقبه وماله بعد مماته. وهنا مواضع اتفاق ومواضع خلاف.

أ ـ مواضع الاتفاق:

١ ـ اتفق الفقهاء على صحة الوصية إلى الرجل العاقل، المسلم، الحر، العدل.

٢ ـ واتفقوا على عدم صحة الإيصاء إلى المجنون، والطفل فإنهما ليسا من أهل التصرف في أموالهما فلا يليان غيرهما.

وكذلك الكافر ـ لا وصية إليه على مسلم؛ لأنه ليس من أهل الولاية على المسلم على الصحيح[1].

ب ـ مواضع الاختلاف:

واختلفوا في أمور أخرى تقع في أربعة مباحث:

المبحث الأول

الإيصاء إلى المرأة

اختلفت أقوال العلماء في صحة الإيصاء إلى المرأة على قولين:

القول الأول: تصح الوصية إليها.

---

(١) راجع المغني جـ٦ ص ٢٤٤.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأبي حنيفة[٣]، وأحمد في المشهور عنه[٤]. وبه قال شريح، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن صالح، وإسحاق، وأبو ثور[٥].

القول الثاني: لا يصح الإيصاء إليها.

وهذه رواية ثانية عن أحمد[٦]، وقول بعض أهل العلم[٧].

وحجتهم: القياس. فكما أنها لا تصح أن تكون قاضية فكذلك لا تصح الوصية إليها.

وكذلك قاسوها على المجنون. وهو قياس بعيد.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول؛ وهو صحة الإيصاء إليها[٨]. واحتج له بما يلي:

١ ـ فعل الصحابة[٩] رضوان الله عليهم فقد أوصى عمر إلى حفصة.

---

(١) الكافي جـ٢ ص١٠٣٢، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣٢٦.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٤٢٤.

(٣) شرح الهداية جـ٩ ص ٤٢١، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٧٠٠.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٢٤٤، الإنصاف جـ٦ ص٢٨٥، كشاف القناع جـ٤ ص٣٩٤.

(٥) المغني كما سبق.

(٦) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٧) المغني جـ٦ ص٢٤٤.

(٨) راجع: المقنع جـ٢ ص٣٩٤، الكافي جـ٢ ص٥٢٠، المغني جـ٦ ص٢٤٤.

(٩) انظر: السنن الكبرى للبيهقي في الوصايا باب الأوصياء حـ٦ ص٢٨٢.

٢ ـ ولأنها من أهل الشهادة، فأشبهت الرجل.

أما عدم صحة توليها القضاء فيختلف عن الوصية لأن القضاء يحتاج إلى سعة الفكر وكمال الخلقة، والاجتهاد ومخالطة الرجال بخلاف الوصية.

قلت: والموصي ينظر الأصلح لأبنائه وربما كانت امرأته أصلح لأبنائها؛ بل من النساء من تدير شئون الحياة حتى وزوجها على قيد الحياة. ومنهن من لا يصلح لذلك، فالعبرة بتوفر شروط الصلاح والإصلاح وعدمها.

وأقرباؤه لهم الحق إذا رأوا منها سوء تصرف في أموال أبناء قريبهم، فلهم حق التدخل والرفع إلى القضاء لتحديد صلاحيتها وإيقاف كل تبذير وإسراف وعبث.

المبحث الثاني

الوصية إلى الكفيف

أجازها أكثر أهل العلم. إلا ما يروى عن أصحاب الشافعي[١] فذكر لهم ابن قدامة وجهًا بعدم الصحة بناءً على عدم صحة بيعه وشرائه.

قال ابن قدامة: ولا يصح هذا ولا يسلم لهم[٢]؛ فإن الكفيف من أهل

---

(١) المهذب مع المجموع جـ١٤ ص٤٢٥، ٤٢٦.

(٢) المغني جـ٦ ص٢٤٤.

الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار. ثم يمكنه التوكيل لمن يثق فيه، فلا مانع من صحة الوصية إليه.

وقد علمت بعض من أخذ الله بصره أنه قد عوضه قلبًا حيًا قد يدرك به ما لا يدركه الكثير من المبصرين. فسبحان الله القادر على كل شيء الحكيم الخبير.

لكن لأصحاب الشافعي ملحظ؛ وهو أن الكمال في المتولي أولى. أما قياسهم على عدم صحة بيعه وشرائه فغير مُسلَّم لعدم صحة الأصل المقيس عليه فغير مسلم.

المبحث الثالث

الوصية إلى العبد (الرقيق)

اختلف الفقهاء في صحة الوصية إلى الرقيق على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تصح الوصية إليه مطلقًا. أي سواء أكان عبد نفسه أم عبد غيره.

وهذا مذهب مالك(١)، ورواية في مذهب أحمد(٢).

القول الثاني: لا تصح إليه مطلقًا.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٣٢٦.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص٢٤٥، الإنصاف جـ٦ ص٢٨٥، كشاف القناع جـ٤ ص٣٩٤.

وهذا مذهب الشافعي[١]، وصاحبي أبي حنيفة[٢]، وصححها أبو حنيفة إذا كان الورثة صغاراً.

وحجة هذا القول: القياس. فالعبد لا يكون وليًا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون.

القول الثالث: التفصيل؛ فتصح الوصية إلى عبده ولا تصح إلى عبد غيره.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٣] واشترط ألا يوجد في الورثة رشيد، وأطلق النخعي، والأوزاعي، وابن شبرمة صحة الإيصاء إلى عبد نفسه دون عبد غيره[٤].

لكن الأحناف قالوا: يقيم القاضي من يقوم مقامه.

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول وهو صحة الإيصاء إلى العبد مطلقًا[٥].

وأيده: بأنه ما دام يصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصى إليه، كالحر ورد قياس المانعين بأنه يبطل بالمرأة.

قلت: وإن كان يمكن أن يُعتَرض على ابن قدامة بأن العبد قد يباع فينتقل

---

(١) المهذب مع المجموع جـ١٤ ص٤٢٦.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦١.

(٣) شرح الهداية جـ٩ ص٤٢٣، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٧٠١.

(٤) راجع المغني جـ٦ ص٢٤٤.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص٢٤٥، الكافي جـ٢ ص٥٢٠، المقنع جـ٢ ص٣٩٣.

إلى بلد بعيد لا يمكنه القيام بالوصية على الوجه المطلوب. فإنه يمكن أن يجاب بأن لا مانع من استبداله عن طريق الحاكم.

وقد يلمح الموصي في بعض الأرقاء معنى لا يوجد في غيرهم من الأحرار كالصلاح، والخبرة في التجارة، ونحو ذلك.

ولا يوجد دليل يمنع من ذلك اللهم إلا ما يقال: إنه يمكن أن يكون مشغولاً عن أمور الوصية بخدمة سيده. إلا أن هذا المعنى موجود في غيره فكل أحد من الناس مشغول بأعمال نفسه وأهله وبنيه. وقد يوصي إلى بعض أقاربه ولا يولون أبناءه أي اهتمام فلا يحصل المقصود.

المبحث الرابع

الوصية إلى الفاسق

اختلف الفقهاء في صحة الإيصاء إلى الفاسق على قولين:

القول الأول: لا تصح الوصية إليه.

وهذا مذهب مالك[١]، والشافعي[٢]، وأحمد في رواية[٣].

وحجتهم: أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية إليه كالمجنون.

القول الثاني: تصح الوصية إليه.

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٣٢٦، الكافي جـ٢ ص١٠٣٢.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٤٢٨.

(٣) راجع: المغني جـ٦ ص٢٤٦، الإنصاف جـ٦ ص٢٨٧، كشاف القناع جـ٤ ص٣٩٦.

وهذا مذهب أبي حنيفة [١] ، إلا أنه قال: لا يقر عليها بل يعزله الحاكم. وهذا يعود إلى رأي الجمهور. وعن أحمد يصح الإيصاء إليه. وكل من قال بصحة الوصية إليه قال لابد من أن يضم إليه أمين [٢].

رأي: وهذا يختلف باختلاف حال الفاسق: فإذا كان فيه صلاح في مال الصبي ويغار عليه ويحافظ على أخلاقه بتسليمه من يربيه، ويرعاه ويحرص على أموره، وفسقه مما عمت به البلوى كشرب الدخان أو حلق اللحية، وما شابه ذلك ـ فلا مانع من الإيصاء إليه لندرة المستقيمين استقامة كاملة.

أما إذا كان ممن يدمن الخمور ويتعاطى المخدرات ويتبع المومسات وما شابه ذلك ـ فلا أرى أنه يصلح للإيصاء إليه، لأنه بحاجة هو إلى من يرعاه. والله أعلم.

* * *

(١) مختصر الطحاوي ص١٦١، شرح الهداية جـ٩ ص٤٢٣، حاشية ابن عابدين جـ٦ ص٧٠١.

(٢) راجع: المقنع جـ٢ ص٣٩٥، الكافي جـ٢ ص٥١٩، المغني كما سبقت الإشارة.



الباب التاسع عشر

إحياء الموات



الباب التاسع عشر
إحياء الموات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول
تعريفه، والأصل فيه

تعريف الموات لغة:

مات يموت ويمات ويميت فهو ميت. وميت ضد حي، ومات: سكن ونام وبَلي، والموات كسحاب: ما لا روح فيه، وأرض لا مالك لها. والموتان بالتحريك: خلاف الحيوان وأرض لم تحي بعد[١].

واصطلاحًا:

عرفه ابن قدامة في المغني: بأنه الأرض الخراب الدارسة[٢].

وقال في الكافي: هي الأرض الدائرة التي لا يعرف لها مالك[٣].

(١) القاموس المحيط فصل الميم باب التاء جـ١ ص١٦٤.
(٢) المغني جـ٥ ص٤٠٦.
(٣) الكافي جـ٢ ص٤٣٥.

والأصل في هذا الباب:

١ - قوله ﷺ في حديث سعيد بن زيد: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق**»[(١)]. قال الترمذي: هذا حديث حسن.

٢ - ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ليست لأحد فهو أحق بها**»[(٢)].

٣ - حديث جابر: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[(٣)].

٤ - ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك فقد قال عروة بن الزبير: قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته[(٤)].

٥ - حديث: «**من عمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق**»[(٥)].

---

(١) خرجه أبو داود رقم ٣٠٧٣ في الخراج والإمارة والفيء باب إحياء الموات، وقد سبق تخريج ابن حجر والزيلعي والبيهقي للحديث في الغصب، وأعلوه بالإرسال، لكن كثرة طرقه ترتفع به إلى درجة الحسن.

(٢) رواه أبو داود رقم ٣٠٧٣ في الإمارة والخراج باب إحياء الموات، والترمذي في الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموات. وقال: حديث حسن صحيح، وصححه ابن حبان، وعلقه البخاري بصيغة التمريض. لكن كثرة طرقه تقوي بعضها وترتفع به إلى درجة الصحة أو الحسن.

(٣) انظر: موطأ مالك رقم ١٤٢٢ في الأقضية باب القضاء في عمارة الموات، وإسناده صحيح. قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا.

(٤) ذكره مالك في الموطأ انظره في الموطأ مع الباجي جـ٦ ص٢٦.

(٥) انظر: صحيح البخاري في المزارعة باب من أحيا أرضًا مواتًا.

وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء. وإن اختلفوا في شروطه وبعض التفصيلات في أحكامه[1].

* * *

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٥ ص٤١٦، ٤١٧. وانظر: الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٤٩.



الفصل الثاني

أقسام الموات وحكم كل قسم

قسم ابن قدامة الموات قسمين:

أحدهما: ما لم يجر عليه ملك لأحد، ولا يوجد فيه أثر عمارة قال: فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء. وما سبق من الأدلة يؤيد هذا[١].

ثانيهما: ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ماله مالك معين، وهو نوعان:

أحدهما: ما ملك بالشراء أو الإعطاء أو نحو ذلك فلا يملك بالإحياء قولاً واحدًا.

وحكى ابن عبد البر إجماع أهل العلم على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه[٢].

ثانيهما: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى عاد مواتًا كصفته قبل الإحياء. وهذا اختلف الفقهاء في تملكه بالإحياء على قولين:

---

(١) المغني والإفصاح كما سبق.

(٢) ذكره الموفق في المغني جـ٥ ص٤١٦.

القول الأول: لا يملك.

وهذا مذهب أبي حنيفة[(١)]، والشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)].

القول الثاني: يملك بالإحياء.

وهذا مذهب مالك[(٤)]. وحجته:

١ ـ عموم قوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[(٥)].

٢ ـ ولأن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى تصير مواتًا عادت إلى الإباحة، كمن أخذ ماءً من نهر ثم رده فيه.

☐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[(٦)] وهو موافق لمذهب إمامه. وأيد ذلك بما يلي:

١ ـ أن هذه الأرض يعرف مالكها، فلم تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية.

أما عموم الخبر فمقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الأخرى: «**من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد**»[(٧)].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٣٤، شرح الهداية جـ٩ ص٣.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص١٠٣.

(٣) انظر: المغني جـ٥ ص٤١٦، الإنصاف جـ٦ ص٣٥٤، كشاف القناع جـ٤ ص١٨٥.

(٤) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٢.

(٥) هو عند مالك في الموطأ رقم ١٤٢٢ في الأقضية في عمارة الموات وإسناده صحيح.

(٦) انظر: المغني جـ٥ ص٤١٧، الكافي جـ٢ ص٤٣٥، المقنع جـ٢ ص٢٨٦ العمدة ص٢٥٨.

(٧) تقدم تخريجه ص٦٠٠.

وقوله: «**في غير حق مسلم**». وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه.

ويؤيد هذا أيضًا تفسير هشام بن عروة لقوله ﷺ: «**وليس لعرق ظالم حق**».

قال: الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها[1].

٢ - القياس - بأن نقيس محل النزاع على ما ملك بشراء أو عطية.

٣ - ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت.

ويبطل ما ذكروه بالموات إذا أحياه إنسان، ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتًا، وباللقطة إذا ملكها، ثم ضاعت منه.

والقياس على ماء النهر غير تام فإنه قد استهلك.

رأي: إن ترافعا فينظر في إحياء السابق وسبب تخليه عنها، فإن كان له عذر ولم يكن إحياؤه حيلة للتملك وحجزها على الآخرين لم يمكّن الثاني منها.

وإن ظهر أنه محتال وإنما يريد أن يحجزها على غيره بقصد أن تزيد قيمتها في المستقبل، والثاني محتاج لإحيائها كبناء منزل أو زراعتها - فإن إحياءه إياها أولى من تركها مواتًا، ويطلق عليها أنها موات فتدخل في العموم.

أما التخصيص بقوله: «**ليست لأحد**» أي ليست مملوكة بشراء أو عطية أو بإرث أو بإحياء قائم. والله أعلم.

---

(١) ذكره الموفق في المغني جـ٥ ص ٤١٧.

النوع الثاني: ما يوجد به أثر قديم جاهلي، كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوها. وليس لأحد عليها يد. فإنها تملك بالإحياء لقوله ﷺ: «**عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم**»[1].

والمراد: الأرض التي كان بها سكان ثم انقرضوا وليس لهم وارث.

والدول اليوم ما تركت شيئًا مثل هذه الآثار، بل ربما وضعت حراسة على الداخلين من أهل السياحة والخارجين فضلاً عن أن تسمح لأحد بتملكها.

وعلى كل حال فمن واجب الدولة الإسلامية إقطاع الأفراد أراض للسكن، ولإحياء الزراعة فإن ذلك ما كان عليه الأمر، ولهذا عم الخير وانتشرت البركة وتوزع الناس في أنحاء البلاد.

النوع الثالث: ما جرى عليه ملك في الإسلام سواء أكان المالك مسلمًا أم ذمياً:

وقد اختلف الفقهاء في تمليك مثل هذا النوع بالإحياء على قولين:

القول الأول: لا تملك بالإحياء.

وهو مذهب الشافعي[2]، وأحمد[3]، في المشهور عنه. وحجته:

---

(١) خرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ٦ ص١٤٣، في إحياء الموات باب لا يترك ذمي يحييه.
(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص١٠٣.
(٣) المغني جـ٥ ص٤١٧، الإنصاف جـ٦ ص٣٧٥، كشاف القناع جـ٤ ص١٨٥.

١ ـ قوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا مواتًا في غير حق مسلم فهي له**»[١] فقيده بكونه في غير حق مسلم.

٢ ـ ولأن هذه الأرض لها مالك، فلم يجز إحياؤها، كما لو كان معينًا. فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون.

القول الثاني: إنها تملك بالإحياء.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والرواية الثانية في مذهب أحمد[٤]. وحجتهم:

١ ـ عموم الأخبار.

٢ ـ ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك.

٣ ـ ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهي كلقطة دار الإسلام. وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز.

ولم يصرح ابن قدامة باختياره، وكأنه يميل إلى القول الثاني[٥].

وأنا أؤيده: لأننا لو اعتبرنا كل ملك قديم لما وجدنا ما نحييه، فإن الأرض

---

(١) خرجه البيهقي في إحياء الموات باب من أحيا أرضًا ميتة جـ٦ ص١٤٢، ولفظه: «**من أحيا مواتًا من الأرض في غير حق مسلم فهو له وليس لعرق ظالم حق**».

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٢.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٤، شرح الهداية جـ٩ ص٣.

(٤) المراجع السابقة في مذهب أحمد.

(٥) المغني جـ٥ ص٤١٧، والكافي جـ٢ ص٤٣٥.

كانت كلها للمسلمين، اللهم إلا أجزاء يسيرة من الكرة الأرضية لم يدخلها المسلمون فاتحين، وسيدخلونها بإذن الله بعز عزيز أو ذل ذليل.

فإن الحق أن ما ينطبق عليه حد الموات، وليس لأحد فيه ملك معين فهو موات بقطع النظر عن الماضي البعيد الذي لا يدركه أحد.

* * *

الفصل الثالث

حكم إحياء الذمي

وهو اليهودي أو النصراني

إذا كان تحت رعاية الدولة الإسلامية ويدفع جزية نظير لتلك الحماية وقد اختلف الحال اليوم؛ فالمسلمون هم الذين تحت حماية اليهود والنصارى والواقع شاهد بذلك، وعسى الله أن يأتي بالفرج من عنده.

لكن هذه المسألة موجودة في كتب الفقه فلا مانع من بحثها، كما أن الأمل في الله كبير وعظيم أن يعود المسلمون إلى ما كانوا عليه من مجد ونصر وتعود الذلة والمسكنة على أعداء الله، أعداء الإنسانية ـ اليهود والنصارى.

فإذا أحيا الذمي من أرض المسلمين أرضًا فهل يملكها بالإحياء على قولين:

القول الأول: يملكها به.

وهذا مذهب أبي حنيفة [1]، وأحمد [2]، والباجي من المالكية [3].

وحجة هذا القول: الإطلاق في نصوص الإحياء السابق ذكرها.

القول الثاني: لا يملك الذمي في أرض المسلمين بالإحياء.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٣٤، شرح الهداية جـ٩ ص٣.

(٢) انظر: المغني جـ٥ ص٤١٨، الإنصاف جـ٦ ص٣٥٧، كشاف القناع جـ٤ ص١٨٦.

(٣) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٢.

وهذا مذهب مالك[١] ، والشافعي[٢] . وهو مذهب جماعة من الحنابلة كما قاله القاضي[٣] . وحجتهم :

١ ـ قوله ﷺ : **«موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم من بعد»**[٤] . فالخطاب للمسلمين .

٢ ـ القياس على مرافق الدار المملوكة للمسلمين ، فهي لمالكيها فكذلك أصلها .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٥] . وأيده :

١ ـ بعموم النصوص : **«من أحيا أرضًا ميتة فهي له»**[٦] .

٢ ـ ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته .

قال : وحديثهم لا نعرفه إنما يعرف قوله : **«عادي الأرض لله ولرسوله ثم**

---

(١) جواهر الإكليل جـ٢ ص٢٠٢ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٤ ص٩٨ .

(٣) انظر : المغني جـ٥ ص ٤١٨ ، الإنصاف جـ٦ ص٣٥٧ ، كشاف القناع جـ٤ ص١٨٦ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي في إحياء الموات باب لا يترك ذمي يحييه ؛ لأن رسول الله ﷺ جعلها لمن يحييها من المسلمين جـ٦ ص١٤٣ ، وقال : تفرد به معاوية بن هشام مرفوعًا وموصولاً .

(٥) انظر : المغني جـ٦ ص١٥٠ ، ط دار الكتاب العربي ـ المغني مع الشرح الكبير ، والكافي لابن قدامة جـ٢ ص٤٣٦ ، المقنع جـ٢ ص٢٨٦ ، العمدة ص٢٥٨ .

(٦) سبق تخريجه أول الباب وهو صحيح . انظر ص٦٠٦ من هذا البحث .

هو لكم بعد. ومن أحيا مواتًا من الأرض فله رقبتها». وهو مرسل من رواية طاوس عن النبي ﷺ [١].

ثم يحتمل أن المراد بقوله: «**هي لكم**» يعني من في الدار. وفيها المسلم والذمي.

وقولهم: إنها من حقوق الإسلام - نقول: وهو من أهل الدار فيمتلكها كما يملكها بالشراء.

رأي: والمنع مطلقًا تعارضه العمومات، وفسح المجال لتملك اليهود والنصارى على إطلاقه، وهم قوم اشتهروا بالحرص على الدنيا والأموال، وفي استطاعتهم إحياء أكبر قدر ممكن من الأرض فيبقى المسلمون تحت رحمتهم، هذا أيضًا قول فيه توسع لا ينبغي.

والقول الحق أن الذمي إذا احتاج لنحو مسكن أو زراعة لمساحة تكفيه وتكفي من يمونه، فلا مانع وإلا فلا؛ حرصًا على مصلحة المسلمين وعدم توسع الكفار في أرضهم.

وقد جاء في بعض طرق حديث: «**من أحيا أرضًا**» أن النبي ﷺ قال: «**من سبق إلى ما لم يسبقه مسلم فهو له**. قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون»[٢].

فلفظ مسلم قيد، والله أعلم.

* * *

---

(١) انظر: البيهقي كما في الصفحة السابقة وقد قال: هو مرفوع موصول.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي في إحياء الموات جـ٦ ص١٤٢.



الباب العشرون

الوديعة



الباب العشرون

الوديعة

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول

تعريف الوديعة، وبيان الأصل فيها

أ ـ تعريفها:

١ ـ التعريف اللغوي:

أودعته مالاً: دفعته إليه ليكون وديعة. وأودعته أيضًا: قبلت ما أودعنيه. واستودعته وديعة: استحفظته إياها [١]. مشتقة من السكون أو من الحفظ والدعة.

٢ ـ التعريف الاصطلاحي:

١ ـ قال صاحب الدر المختار: الإيداع هو: تسليط الغير على حفظ ماله صريحًا أو دلالة. والوديعة: ما تترك عند الأمين [٢].

---

(١) القاموس المحيط فصل الواو باب العين جـ٣ ص٩٥، ٩٦.

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ومعه حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٦٢.

ب ـ الأصل في الوديعة: الكتاب، السنة، الإجماع.

الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ (١).

٢ ـ وقال الله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾(٢).

السنة:

١ ـ قول الرسول ﷺ: «**أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك**»(٣).

٢ ـ فعله ﷺ، فقد اشتهر عنه ﷺ بمكة الأمانة، وكان يلقب لذلك بالأمين. فكان الناس يضعون عنده أماناتهم، فلما أراد الهجرة أودع ما عنده من أمانات إلى أم أيمن، وأمر عليًا أن يردها إلى أهلها (٤).

الإجماع:

قال ابن قدامة: «أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع، وكذلك فإن العبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجة، فإنه يتعذر على

---

(١) سورة النساء الآية ٥٨.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٣.

(٣) أخرجه أبو داود رقم ٣٥٣٥ في البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، والترمذي جـ٥ ص٢٦٨ في البيوع باب حدثنا أبو كريب الحديث، وقال: حديث حسن غريب.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي في الوديعة باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات جـ٦ ص٢٨٩.

جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظها لهم»[١] .

وأداء الأمانة علامة من علامات صدق الإيمان . وضياعها من علامة قرب الساعة . وكل شيء طلبه الشارع أمانة .

وحكمها : الجواز . وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة والنزاهة . لأن في ذلك قضاءً لحاجة أخيه المسلم .

وهي عقد جائز من الطرفين : بمعنى أنه متى أراد المودِع أخذ وديعته لزم المستودَع ردها ، وإن أراد المستودَع ردها على صاحبها لزمه قبولها[٢] .

* * *

(١) راجع : المغني لابن قدامة جـ٦ ص٤٣٦ ، وانظر الإفصاح جـ٢ ص٢٣ .

(٢) راجع : المغني لابن قدامة جـ٦ ص٤٣٦ .



الفصل الثاني

بيان نوع يد المستودَع

اتفق الفقهاء على أن يد المودَع يد أمان لا ضمان.

فإذا تلفت العين المودَعة وكان ذلك بتعد منه أو تفريط وجب عليه الضمان، أما إذا تلفت من غير تعدٍ منه ولا تفريطٍ وذهب معها شيء من ماله فلا ضمان عليه إجماعًا[١].

واختلف الفقهاء فيما إذا تلفت من غير تعدٍ منه ولا تفريط وكانت بين ماله والتلف لها خاصة دون شيء من ماله على قولين:

القول الأول: لا ضمان عليه.

وهذا مذهب الأئمة الأربعة: مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥]. وهو مروي عن أبي بكر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم.

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة جـ٦ ص٤٣٦، الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٢٣.

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٨١، الكافي جـ٢ ص٨٠١، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٤٠.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٦٤، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٦٤، شرح الهداية جـ٧ ص٤٥٢.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٢١٥.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص٤٣٦، الإنصاف جـ٦ ص٣٣٧، كشاف القناع جـ٤ ص١٦٧، ١٧٨.

وبه قال شريح، والنخعي، وأبو الزناد، والثوري، والأوزاعي[١].

القول الثاني: يضمنها.

وهذه رواية ثانية في مذهب أحمد[٢].

وحجته: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله[٣].

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله القول الأول[٤]؛ عدم التضمين. وأيده بما يلي من الأدلة:

١ ـ قوله ﷺ: «**ليس على مؤتمن ضمان**»[٥].

٢ ـ ما روي عن الصحابة المذكورين عدم التضمين.

٣ ـ ولأن المستودَع مؤتمن، فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله.

٤ ـ ولأن المستودَع إنما يحفظها لصاحبها متبرعًا من غير نفع يرجع عليه ـ

---

(١) المغني كما سبق.

(٢) المغني والإنصاف كما سبق.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في الوديعة باب لا ضمان على مؤتمن جـ٦ ص٢٨٩، ٢٩٠.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٤٣٦، الكافي جـ٢ ص٣٧٤، المقنع جـ٢ ص٢٨٢.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كما سبق قريبًا، وابن ماجه بلفظ: «**من أودع وديعة فلا ضمان عليه**»، رقم ٢٤٠١ في الصدقات باب الوديعة.

إلا الثواب من الله ـ فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر.

وما روي عن عمر رضي الله عنه محمول على التفريط من أنس في حفظها[١].

قلت: وهو ما يشعر به قوله ﷺ: «**ليس على مؤتمن ضمان**»[٢] فإن الذي يفهم أن المؤتمن الذي يصدق عليه مؤتمن، أما المفرط فليس بمؤتمن.

والتفريط قد يكون نسيانًا أو غفلة أو ما أشبه ذلك، وليس المراد تعمد التفريط، وعلى مثل هذا تفهم قصة تضمين عمر لأنس.

ثم ورد ما يفيد هذا العموم كحديث: «**ليس على المستودع غير المغل ضمان**».

فإذا لم يظهر ما يدل على خيانته فلا ضمان، ولهذا قال عمر لأنس: «إنك لأمين في نفسي ولكن هلكت من بين مالك فضمنته»[٣].

* * *

---

(١) المغني جـ٦ ص٤٣٦، ٤٣٧.

(٢) انظر: السنن الكبرى جـ٦ ص٢٨٩.

(٣) المرجع السابق جـ٦ ص٢٩٠.



الفصل الثالث

بيان الحكم إذا أراد المودَع أن يودع ما عنده إلى غيره؟

في هذه المسألة صورتان:

الصورة الأولى: أن يودع المستودع غيره لغير عذر. فعليه الضمان وهذا لا خلاف فيه، لأنه فرط ويتحمل مسئولية هذا التفريط.

الصورة الثانية: أن يكون له عذر في الإيداع مثل أن يريد السفر، أو يحصل خوف.

فالحكم: إن الأمر لا يخلو إما أن يقدر على دفعها إلى صاحبها أو وكيله مثلاً أو لا. فإن قدر على ردها وأودعها مع ذلك فهو مفرط وعليه الضمان بغير خلاف.

أما إذا لم يقدر على ردها إلى صاحبها ولا وكيله فيدفعها إلى الحاكم لأنه ولي من لا ولي له.

فإن لم يكن حاكم أمين مثلاً أو هناك حاكم أمين ولم يودعها عنده وإنما أودعها عند غيره؛ فذكر ابن قدامة روايتين في مذهب الإمام أحمد:

إحداهما: يضمن.

والثانية: لا يضمن.

وإن لم يقدر على الحاكم وأودعها ثقة فلا ضمان لأنه موضع حاجة[١].

* * *

(١) المغني جـ٦ ص٤٣٩، والكافي لابن عبد البر من المالكية جـ٢ ص٨٠١، ٨٠٢.

الفصل الرابع

حكم الوديعة بعد موت المستودع

إذا كانت باقية بعينها وأوصى بها، أو كانت معلومة ببينة أو تسجيل لها فترد إلى المودع بغير خلاف[١].

لكن إذا اختلطت بماله حتى لا تتميز منه فما العمل؟

إذا لم يكن عليه دين فهي مضمونة بتمامها في ماله تخرج منه قبل قسمة التركة.

وإذا كان عليه دين . فلا يخلو إما أن توفي تركته بهما أو تقصر عن ذلك، فإن وفت أخرج كل منهما بحسبه.

وإن لم يف المال بهما فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في كيفية توزيع التركة بين الدين والوديعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الوديعة والدين سواء ويقتسمان بالحصص.

وهذا مذهب مالك[٢]، وأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، وأحمد[٥].

---

(١) الإفصاح جـ٢ ص٢٧.

(٢) جواهر الإكليل جـ٢ ص١٤٢.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٦٤، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٦٤.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع جـ١٣ ص٢٢٨.

(٥) راجع: المغني جـ٦ ص٤٤٥، الإنصاف جـ٦ ص٣٤٣، كشاف القناع جـ٤ ص١٨٢.

وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وداود بن أبي هند ، وإسحاق . وهو مروي عن شريح، ومسروق، وعطاء ، وطاوس، والزهري، وأبي جعفر محمد بن علي[١] .

القول الثاني: الوديعة قبل الدين .

وهذا قول للنخعي[٢] .

القول الثالث: الدين قبل الوديعة .

وهذا قول الحارث العكلي[٣] وبعض أصحاب أبي حنيفة[٤] .

❐ اختيار ابن قدامة:

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[٥] . وأيده : بأنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين .

رأي : الوديعة دين من وجه أنه يجب عليه أن يؤديها لكنها لا يمكن أن تقاس على الدين من جهة المحاصة . فالدين مع تعدد الغرماء لا بأس من المحاصة منه . لكن الوديعة أمانة محضة ولا يجوز له أن يستفيد منها أو أن يتصرف بها بخلاف الدين فإن صاحبه دخل على بينة من الأمر ، فهو يعلم أن المستدين إنما استدان لحاجته ، فيكون أسوة الغرماء أما الوديعة فالأصل عدم

---

(١)، (٢)، (٣) المغني كما سبق .

(٤) حاشية ابن عابدين كما سبق .

(٥) راجع : المغني جـ٦ ص٤٤٥ ، المقنع جـ٢ ص٢٨٤ .

التصرف فيها وبقاؤها بحالها .

فالفرق واضح بين الوديعة والدين ، فأنا أؤيد رأي النخعي فهو أقرب إلى عدالة الشريعة وأصولها ، والله أعلم .

* * *



الفصل الخامس

بيان من القول قوله في الوديعة إذا اختلف المودِع والمستودَع

المستودع أمين كما سبق بيانه؛ ولهذا فالقول قوله فيما يدعيه من تلف مع يمينه بغير خلاف. وحكى ابن المنذر الإجماع عليه[١].

واختلف الفقهاء:

إذا ادعى المستودع رد الوديعة على مودعها ولابينة. على قولين:

القول الأول: القول قول المستودع مع يمينه.

وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأحمد[٤]. وبه قال الثوري، وإسحاق، وعموم أصحاب الرأي[٥].

القول الثاني: إن كان دفعها إليه بغير بينة فالقول قوله مع يمينه. وإن كان

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة جـ٢ ص٢٣. الإجماع لابن المنذر ص ١٢٩ رقم الإجماع ٥٦٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٤، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٧١، شرح الهداية جـ٧ ص٤٥٦.

(٣) المهذب مع تكملة المطيعي للمجموع جـ١٣ ص٢٣٨.

(٤) راجع: المغني جـ٦ ص٤٤٨، الإنصاف جـ٦ ص٣٣٧، كشاف القناع جـ٤ ص١٧٩ ـ ١٨١.

(٥) المغني كما سبق.

دفعها إليه ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة.

وهذا مذهب مالك[١].

□ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله القول الأول[٢]. وأيده بأنه أمين لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله في الرد بغير بينة ويحلف.

وكذلك اختلفوا إذا قال المستودع: دفعتها إلى فلان بأمرك، فأنكر مالكها الإذن في دفعها فمن القول قوله: على قولين:

القول الأول: القول قول المستودَع مع يمينه.

وهذا مذهب أحمد[٣]، وهو قول ابن أبي ليلى[٤].

القول الثاني: القول قول المالك

وهذا مذهب مالك[٥]، والشافعي[٦]، وأبي حنيفة[٧].

وهو قول الثوري، والعنبري، وعموم أصحاب الرأي[٨].

---

(١) الكافي لابن عبد البر جـ٢ ص٨٠١، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٨١، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٤٢.

(٢) راجع: المغني جـ٦ ص ٤٤٨، الكافي جـ٢ ص٣٨٠، المقنع جـ٢ ص٢٨٣.

(٣)،(٤) راجع: المغني كما سبق.

(٥) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٨١، جواهر الإكليل جـ٢ ص١٤٣.

(٦) المهذب مع المجموع جـ١٣ ص٢٣٨.

(٧) مختصر الطحاوي ص١٦٥، جـ١٣ ص٢٣٨.

(٨) المغني كما سبق.

❐ **اختيار ابن قدامة:**

اختار رحمه الله تعالى القول الأول[١]. وأيده: بأنه ادعى دفعًا ليبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى ردها على مالكها.

ومعلوم أن عليه اليمين لإظهار صدق قوله وتطييبًا لخاطر المودع.

رأي: يظهر أن القول قول المالك، لأنه منكر الإذن فإذا لم يكن بينة فالقول قوله مع يمينه، ويطالب المستودع، وهو يرجع إلى من دفعها إليه، حتى يشهد على الإذن مستقبلاً ويعمل بالاحتياط. والله أعلم.

* * *

(١) المغني كما سبق.



فهارس

القسم الثاني: المعاملات

الموضوع الصفحة

الباب الأول: البيع

الباب الثاني: الربا

الباب الثالث: السلم

الباب الرابع: القرض

الباب الخامس: الرهن

الباب السادس: الحجر والتفليس

الباب السابع : الحوالة والضمان

الباب الرابع عشر: الشفعة

الباب الخامس عشر: المساقاة، والمزارعة

الباب السادس عشر: الإجارة

* * *